DELLE LEGGI ROMANE

ABROGATE, INUSITATE E CORRETTE

NELLO STATO PONTIFICIO

E ALTRE NAZIONI

SECONDO L' ORDINE DELLE ISTITUZIONI IMPERIALI

E DELLE PANDETTE DI GIUSTINIANO

LIBRI LIV.

DEL G. C. A. ROCCHETTI

FANO

DALLA TIPOGRAFIA DI GIOVANNI LANA

1844.

DELLE LEGGI ROMANE

ABROGATE, INUSITATE E CORRETTE

NELLO STATO PONTIFICIO

E ALTRE NAZIONI

SECONDO L' ORDINE DELLE ISTITUZIONI IMPERIALI

LIBRI IV.

DELLE ISTITUZIONI IMPERIALI

PROEMIO

ORIGINE E AUTORITA' DEL DIRITTO GIUSTINIANEO

SOMMARIO

I. *Compilazione di Giustiniano.*
II. *Riprensione del Filangeri, e Beccaria.*
III. *Decadenza del Diritto Giustinianeo in Oriente.*
IV. *Decadenza del Diritto Giustinianeo in Occidente.*
V. *Ritrovamento delle Pandette.*
VI. *Risorgimento di studi.*
VII. *Uso delle leggi di Giustiniano.*
VIII. *Dell' antica giurisprudenza.*
IX. *Desiderio dei popoli pei nuovi codici.*
X. *Rivoluzione di Francia.*
XI. *Autorità del diritto Giustinianeo nello Stato Pontificio.*
XII. *Diritto comune abolito negli Stati ereditari Tedeschi, e nelle Provincie spettanti al Governo di Milano.*
XIII. *Nuova giurisprudenza nel Regno delle due Sicilie.*
XIV. *Uso odierno del diritto comune nel Reame di Napoli.*
XV. *Leggi Romane abolite negli Stati Sardi.*
XVI. *Autorità delle Leggi Romane nel Granducato di Toscana.*
XVII. *Giurisprudenza degli altri Principati d' Italia.*
XVIII. *Transizione.*
XIX. *Nuovo sistema Ipotecario.*
XX. *Leggi criminali.*
XXI *Diritto commerciale.*
XXII. *Diritto Canonico.*
XXIII. *Procedura e uso del foro.*

I. La Storia e i monumenti degli antichi attribuiscono a Mosè, sommo e primo Legislatore, la prima origine del diritto civile. Venne in appresso Trimegisto, il quale, salito in dignità regia, per l' ammi-

nistrazione della giustizia, per la probità dei costumi e per la dottrina, oscurò la gloria di quasi tutti i suoi antecessori. Trimegisto tramandò le sue leggi agli Egizi, gli Egizi ai Greci e i Greci ai Romani. Questi ultimi aggiunsero due tavole alle dieci recate in Roma dagli inviati Postumio, Manlio e Sulpicio Camerino. Di mano in mano che la potenza romana aumentava, e a misura che prevaleva la Democrazia, o l'Aristocrazia furono rogate altre leggi, distinte col nome di leggi propriamente dette, di senatoconsulti, di plebisciti, di risposte de' prudenti e di placiti de' Principi. In processo di tempo i libri della giurisprudenza vennero in tanta copia, che un arguto scrittore ebbe a dire che con essi potevansi caricare di molti camelli. Per mezzo a tanta farragine di leggi poco di bene potea derivarne a' popoli; e la giurisprudenza in qualche epoca cadde dall'antica sua dignità (1). Questo stato di cose mosse due valenti giureconsulti, i quali, amando di abolire l'antico che guidava Costantino, fecero una raccolta delle costituzioni degl'Imperatori pagani, e comparvero alla luce i Codici Gregoriano ed Ermogeniano. Tuttavolta niuna autorità potevano avere questi scritti privati, mancando della sanzione sovrana; e quindi era mestieri che gl'Imperatori stabilissero una regola per poter far uso dell'opera de' giureconsulti. Il che non isfuggì alla mente di Teodosio II., il quale pubblicò un Codice, dal suo nome chiamato Teodosiano. In esso erano contenute le leggi degl'Imperatori emanate dal CCCXII sino al CDXXXVIII. (2). Nulla di meno il Codice Teodosiano, supplito dai Codici Ermogeniano e Gregoriano, non bastava a' bisogni della giurisprudenza, essendo necessario di comprendere in una collezione approvata la scelta degli scritti dei giureconsulti e tutte le massime di questa scienza. Giustiniano ebbe la gloria di riuscire in questa impresa, la quale senza costrutto era stata meditata da Cicerone, da Cesare e da Pompeo (3).

II. Non fu per certo lieve l'utile ch'egli con tale opera recò alla società ed a' posteri, epperò scandalosamente, a mio parere, si diportarono alcuni filosofi del secolo scorso, i quali non si astennero dal chiamarlo imbecille (4). Con tutto ciò questo Principe che a tutto potere ambiva di vedere la sua legislazione abbracciata da quasi tutto

(1) Veggasi Ammian Marcellin xxx. 4. Idem xv. 2. Idem xxvii.

(2) Gotofred prologom. ad Cod. Theodos. cap. I. §. 3.

(3) Cicer. lib. I. de Orat. Aul. Gell. Noct. act. lib. I. cap. 22, Sueton. in Julium Caesar cap. 44. Isidor. orig. cap. I.

(4) Filangeri e Beccaria.

l'orbe, non fu così avventurato come nella sua compilazione. L'ambizione de' susseguenti Imperatori spense il nome del diritto Giustinianeo nella Grecia, e le frequenti invasioni de' barbari ne tolsero affatto l'uso in Italia.

III. In tutto l'orbe terraqueo, anche prima di Giustiniano, erano tre città amplissime, nelle quali, escluse al tutto le altre, si tenevano aperte le scuole di giurisprudenza, cioè Berito metropoli della Fenicia, Costantinopoli e Roma. A' tempi nostri sono assai più; e lo Stato Pontificio, benchè fertile non amplissimo, conta da sette università. Meglio sarebbe fossero meno, che alcune non avrebbero scapitato dall' antico splendore. Andando poco per volta in disuso la lingua latina (5) per opera di Taleleo giureconsulto celebre, le Pandette furono recate in lingua greca: appresso fu nella stessa lingua voltato anche il Codice; e finalmente, per opera di Teofilo, anche le Istituzioni. Questi libri, uniti alle costituzioni degl' Imperatori posteriori a Giustiniano, avevano autorità e forza di legge, e con essi si rendeva ragione in Oriente sino a' tempi di Basilio il Macedone. Imperciocchè questo Imperatore, per elevare il suo nome sulle ruine di quello di Giustiniano, spense affatto l' edizione del diritto civile latina e giustinianea, e con le greche versioni del Digesto del Codice e delle Novelle fece un nuovo corpo di diritto più breve e più conciso, da lui ridotto a quaranta libri. Salito al trono Leone figlio di lui, recò quest' opera a compimento e la divise in sessanta libri, dando loro il nome di Basiliche, cioè Leggi Imperiali. Altre mutazioni a quest' opera, ma di piccolo conto, fece in appresso Costantino Porfirogeneta. Soppressi in questa maniera i libri di Giustiniano, i libri delle Basiliche ebbero autorità in Oriente sino al termine dell' Impero greco, cioè sino all' anno MCDLII, e l' uso di essi perì con Costantino Paleologo, il quale fu da' Turchi spogliato dell' Impero (6).

IV. Ma se la compilazione Giustinianea ebbe poco successo in Oriente, peggior successo ebbe in Italia e in Occidente. Avvegnacchè nell' epoca che l' Imperatore commise a Triboniano, Teofilo e Doroteo la cura di compilare l' antica ragione civile, l' autorità di lui in queste contrade e nelle regioni adiacenti era stremata di molto per le frequenti invasioni de' Vandali e de' Goti. E sebbene Bellisario e Narsete nelle loro spedizioni ricovrassero a quel principe alcune piccole parti d' Italia, esse tuttavolta rimasero assai poco nel suo dominio, cessando affatto verso la sua morte ogni autorità di lui per la nuova

(5) Suarez in not. Basil. Cujac. Ob. c. 31. L. 17. et c. 10. L. 6.
(6) Gravina, de ort. et progr. jur. civ. cap. 138.

invasione de' Longobardi, i quali ebbero in Italia dominazione lunghissima. Ravenna fu quella che, mantenuta più a lungo nella sua devozione si mantenne più a lungo nelle sue leggi, finchè anch' ella venne tolta all' impero romano da Aistolfo re de' Longobardi. Spenta in tal modo la maestà e le leggi Italiane, dovette l'Italia sottomettersi al giogo di un impero e di leggi straniere.

V. Lasciando dall' un de'lati lo stato della giurisprudenza ne'secoli successivi e le leggi pubblicate da' Goti, da' Longobardi, e da Corrado il Salico, rinvenute che furono le Pandette, smarrite nelle continue rivoluzioni, tutta Italia si rivolse con sommo calore allo studio della giurisprudenza giustinianea. Bologna si distinse fra le altre e indi ebbe l' aggiunto di dotta. Irnerio vi ammaestrava pubblicamente del diritto, e ne fu uno dei primi ristoratori. L' esempio venne imitato dalle altre città d' Italia, e verso la metà del secolo XIII. si rendevano celebri gli studi di Padova, di Ferrara, di Roma, Napoli e Piacenza. In questo medesimo secolo i civilisti incominciarono a por l' animo allo studio del diritto Canonico, il quale fino allora avevano trascurato. Della qual cosa fu cagione l' aumento della giurisdizione Ecclesiastica, la quale, avendo separato il foro contenzioso giudiziale dal penitenziale Canonico, mise i civilisti in necessità di conoscere il diritto Pontificio. Donde, sino da quest' epoca, niuno poteva aspirare alla rinomanza di perfetto legale, se non avesse insieme riunito il diritto Canonico e civile.

VI. Da Irnerio, secondo la distinzione recata dall' erudito Gravina, comincia il primo periodo della nostra giurisprudenza, al quale successe quello di Accursio e poscia quello di Bartolo. Questo insigne giureconsulto introdusse nella giurisprudenza un nuovo e più chiaro sistema, applicando alle leggi la dialettica scolastica. La sua scuola fu tenuta in gran conto e proseguì con incremento di forza sino al secolo XVI., nel qual tempo cominciò a non talentare ai dotti il modo di trattare la giurisprudenza secondo il metodo scolastico. Quindi i migliori ingegni italiani, e stranieri a tutto potere intesero a spargere anche negli scritti legali i lumi filologici. Furono fra i primi Emilio Ferretto di Ravenna e Andrea Alciato di Milano, i quali, forniti di sommo intelletto e dottrina, vindicarono alla giurisprudenza i suoi antichi ornamenti e la natìa sua dignità. Uscirono dalle scuole loro il Goveano ed il Duareno, e verso la metà del secolo XVI. vennero il Cujacio, l' Ottomanno e il Donello, i quali la giurisprudenza culta nel grado più elevato innalzarono.

VII. Giunto il diritto romano in tanto splendore, non poteva non essere tenuto in gran conto presso tutte le nazioni. L' uso de' popoli

ne fece di esso un diritto comune, sebbene nè presso noi nè presso altre genti egli abbia mai avuto forza di legge. E al fermo, nulla per l'Italia potea valere quella che gli dette un Principe in allora privo di autorità in queste contrade. E comecchè alcuni affermino che, ritrovate le Pandette, l' Imperatore Lottario, mediante suo rescritto, desse loro forza e autorità di legge, nulladimeno questa sanzione è di gran lunga incerta, nè manca chi la mette in dubbio, nè chi totalmente la nega (7). I nostri Pontefici anch' essi non dettero mai a questa compilazione una sanzione espressa. Io non ignoro come esistano alcuni decreti Pontificii, i quali fanno menzione di essa, e in qualche caso particolare ingiungono di osservarla (8): tuttavolta siffatti decreti non fanno che approvare quello che l' uso de' popoli aveva di comune consentimento abbracciato; che anzi da quelli stessi decreti appare che la legislazione Giustinianea non era ritenuta come legge. E al fermo, se la legislazione Giustinianea avesse avuto siffatta autorità, qual bisogno sarebbe stato di ricorrere ai Pontefici, acciocchè espressamente sanzionassero, e decidessero quello che la legislazione Giustinianea avea già sanzionato e deciso? Quante leggi in fatti non vediamo esistere negli antichi e moderni Codici, le quali non sono nè furono dall' uso ricevute! Appare quindi a occhi veggenti che solo la ragionevolezza dell' uso, e non l' autorità di alcun legislatore, dette presso noi autorità alle leggi romane (9).

VIII. Ma quantunque la legislazione di Giustiniano fosse abbracciata dall' uso comune di quasi tutte le nazioni di Europa, ebbe in ogni tempo i suoi censori, come ebbe gli apologisti. Entrambi però si lasciarono trasportare dalle proprie passioni. I primi si fermarono a scoprire le antinomie, le omonomanie, a vituperare Triboniano, e la viziosa disposizione dell' opera, senza far caso della bontà delle leggi ivi raccolte: i secondi la lodarono a cielo senza distinguere i pregi da' vizi. Che che però ne sia delle ragioni degli uni e degli altri, tanto quelli che questi accordano nel dire che la compilazione Giustinianea non abbia ordine analitico nè cronologico. Certo è che chiunque la voglia considerare nel suo vero aspetto, troverà in essa un mirabile cumolo di dottrina e preveggenza da una parte, e una disordinata e confusa mole di materie sparse a rinfusa dall' altra. A tutti è noto come Giustiniano riunisse insieme le dottrine sparse da trentanove Giureconsulti, i quali vissero in tempi, e con credenze e costumi gli uni dagli altri

(7) Card. de Luc. de serv. disc. 1. N. 11. in fin.
(8) C. 1. de nov. op. nunc.
(9) Card. de Luc. de cred. disc. 161. N. 8.

differenti, non che i rescritti e le costituzioni de' suoi predecessori; e come, per isfuggire le contraddizioni, dividesse in due corpi tutti questi materiali, cioè nel Digesto e nel Codice. Indi accadde che la giurisprudenza Giustinianea si trovò infetta di moltissime antinomie tra' responsi e le dottrine de' giureconsulti, tra le leggi del Digesto e quelle del Codice, e fra gl' instituti e il Digesto. Nè ciò basta; imperciocchè avendo egli fatto miscuglio e riunito insieme leggi che risentivano ancora dell' antica libertà romana con quelle che furono emanate sotto gl' Imperatori, cadde in omonomanie, tautologie e locuzioni inutili, in dottrine e teorie già da buon tempo cadute in disuso.

IX. Questi errori perniciosissimi in ogni lodata legislazione si fanno maggiormente risentire a' giorni nostri, in cui dirozzata l' infanzia delle nazioni, mutate le genti e' costumi, cresciuta l' umana civilizzazione, sorvenuti nuovi bisogni ed incommodi, furono necessari nuovi provvedimenti, i quali le antiche dottrine emendarono, altre limitarono, alcune abrogarono al tutto. Quindi nacque universalmente il voto di formare brevi Codici che contenessero leggi chiare, precise e convenienti a' costumi de' popoli. Anche prima della rivoluzione di Francia non ristettero i Principi dal mettersi in tale impresa e parecchi tentativi furono da essi fatti per sostituire nuovi Codici alle antiche compilazioni. Carlo III. di Napoli nell' anno 1742. istituì per tal uopo una giunta, la quale recò l' opera a compimento, dividendola, a esempio di Giustiniano, in dodici libri. Essi però non ottennero la regia sanzione: fecero lo stesso la Polonia, la Russia, la Spagna, il Portogallo, la Prussia e altre nazioni oltramontane. I tempi però non permettevano di poter condurre a compimento un' impresa di tal fatta, non essendo pochi ostacoli a superare, fra' quali non era lieve le soverchie distinzioni e prerogative sociali che ancora si conservavano. Sopravenne pertanto la rivoluzione Francese, la quale sopprimendo il feudalismo, i privilegi e tutte sorta di prerogative, tolse di mezzo siffatte distinzioni, e potè per la prima formare una nuova legislazione, compilando un codice di leggi civili, separato e distinto da ogni altra maniera di leggi.

X. Fra gl' immensi mali che porta seco una rivoluzione, e fra quelli in ispecie che arrecò a tutta Europa quella di Francia, può ritenersi come un bene la riforma ch' ella produsse nel genere di legislazione. La collezione Giustinianea che in molte parti di Europa era prima in vigore, fu poscia abolita, e nuovi Codici comparvero in tutte le Monarchie d' Italia.

XI. A prima giunta pareva che lo stato Pontificio volesse anche esso seguire l' esempio delle rimanenti contrade. Imperciocchè tornato

all' amore de' suoi sudditi l' immortale Pio VII. promettesse loro la compilazione di un nuovo Codice per gli affari civili. La qual cosa egli avrebbe senza dubbio recata a compimento, se la troppo repentina morte di lui non avesse fatto sparire l' augusta sua promessa e le nostre fervidissime speranze. I suoi successori Leone XII. e Pio VIII. non fecero mutazione alcuna in fatto di legislazione, salvo nel sistema ipotecario e negli atti della procedura forense. Comparve finalmente il moto proprio sovrano del 10 Novembre 1834. il quale prescrisse, dovessero le leggi del diritto comune, moderate secondo il diritto Canonico e le costituzioni apostoliche, continuare ad essere la norma de' giudizi civili in tutto ciò che non venisse altrimenti disposto nel suddetto moto proprio. Indotti dalle parole di tale articolo non mancarono curialisti, ed anche di qualche conto, i quali si dettero in sul credere che la legislazione Giustinianea, (la quale, come sopra osservammo, nello stato Pontificio non ebbe mai sanzione sovrana) avesse nella legislazione presente forza e autorità di legge, quasi sanzionata dalle suddette parole. Io, per me, sono di parere diverso, giacchè non credo che *continuare ad essere la norma* voglia dire *sieno la norma*, e si continua una cosa che è già cominciata. E siccome le leggi romane cominciarono ad aver forza di legge solo per la ragionevolezza dell' uso, così, secondo il senso del sopraddetto articolo, debbono continuare ad averla nella stessa maniera. Ammessa l' opinione sopra esposta, ne verrebbe di conseguenza che in tutto quello che non si trova altrimenti disposto dal citato regolamento, dalle apostoliche costituzioni e dal diritto Canonico, la compilazione Giustinianea dovrebbe aver forza ed autorità di legge. Quante cose però non si trovano in essa abolite dall' uso, da' costumi, dalla pratica forense e da contrarie consuetudini, le quali pertanto non sono moderate nè contemplate dal diritto Canonico, dalle costituzioni apostoliche nè dall' attuale regolamento legislativo e giudiziario.

XII. La Monarchia Austriaca aveva anche essa per tacito consentimento adottato il gius romano in Germania ed in Austria, epperò erano in vigore le Istituzioni, le Pandette, il Codice nuovo, e le Novelle chiosate, in quanto non esistessero leggi e consuetudini patrie. Ma negli stati ereditari Tedeschi della Monarchia Austriaca fino dal primo Gennajo 1812. venne il diritto comune privato di ogni autorità dal Codice civile universale del primo Giugno 1815. Quindi per disposizione della sovrana patente 1811., fu dichiarato abolito il diritto comune fino allora adottato, la prima parte del Codice civile pubblicata il primo Novembre 1786. il codice civile promulgato per la Galizia, e ogni altra legge e consuetudine relativa agli oggetti del

Codice sopraddetto. In appresso, mediante disposizione della Sovrana patente 28. Settembre 1816, fu prefisso che il Codice civile generale Austriaco dovesse servire di sola ed unica norma in tutte le provincie spettanti al governo di Milano, in luogo di qualsivoglia altra legge e consuetudine in oggetto di diritto comune. In questa maniera cessò di aver forza ed autorità nelle terre dell' impero l' antico diritto de' romani fino a que' tempi religiosamente osservato (10).

XIII. Napoli al pari delle altre città d' Italia fu soggetta a parecchie vicende. Come prima i Francesi ne occuparono il reame, diedero opera a mutare tutti gli ordini politici che reggevano quello stato con atti legislativi di ogni sorta, i quali tutti si scontrano raccolti nel bullettino delle leggi. Nulladimeno l'antica legislazione sopravisse in quello stato, benchè qua e là sperperata, sino al primo Gennaio 1809. Sopravvenuta quest' epoca, fu posta in osservanza una novella legislazione (11); epperò cessarono di aver forza ed autorità di legge il diritto romano, nazionale e municipale (12).

Ma nell' anno 1815, reduce il re Ferdinando in quel reame, in sulle prime abrogò e migliorò, ora l' una ora l' altra, le leggi e le istituzioni introdotte nel corso della sua assenza; del resto, salve questi parziali cambiamenti, rimasero ancora in vigore per altri quattro anni il Codice di commercio compilato in Francia, due leggi patrie compilate in Napoli, ed un regolamento di procedura pei giudizi civili e criminali (13). Le quali cose così stettero, finchè nel primo Settembre 1819 fu sostituito un Codice solo intitolato il Codice del regno delle due Sicilie. Quanto alle materie Ecclesiastiche nell' anno 1818 fu tra il governo Napolitano e la corte di Roma stipulato un nuovo concordato, il quale si considera come una giunta fatta al diritto Canonico preesistente.

XIV. Laonde anche nel reame di Napoli secondo l' attuale legislazione, il diritto Giustinianeo non ha vigore alcuno. Del resto, siccome v' hanno materie che la nuova legislazione non ha contemplate, nè regolate, è cosa utile il consultare le dottrine sparse ne' Digesti e nel Codice, allorchè il fatto, nel quale dee cadere il giudizio sia di tal modo equivoco che faccia mestieri definirlo per congghietture; oltracciò quando le parole della legge o dell'atto umano che cade in esame,

(10) Haimberg il diritt. rom. priv. e pur. § 34.
(11) Decret. de 22. ottobr., e 26. decembr. 1808.
(12) Cav. de Thomas. stud. del diritt. publ. e priv. lib. 1. tit. 1.
(13) Cav. de Thomas. ibid. lib. 1. tit. 2.

presentino tale ambiguità che sieno capaci d'intendimento diversi: quindi se non si tratti di applicare la conseguenza immediata di un articolo del nuovo Codice; ma sibbene la conseguenza delle conseguenze, avvegnacchè in tal caso è necessario investigare, ragionando, quali sieno i limiti della disposizione contenuta nell'articolo invocato, onde non correre dalle cose simili alle dissimili, e dalle dissimili alle opposte; finalmente qualora si presenti un caso non compreso in alcuno de' principii contenuti nel nuovo Codice (14).

XV. Sino al Secolo XVIII. la legislazione negli stati di Sardegna non era uniforme, mentre ella era in gran parte diversa nelle provincia di qua e di là del mare. Tuttavolta le disposizioni del diritto romano erano in entrambe le provincie osservate in quanto non fosse ad esse derogato dalle leggi, statuti e consuetudini particolari di quel regno (15). Sopravvenuta l' invasione dei Francesi, la legislazione ebbe gli stessi cambiamenti delle altre parti d' Italia, e il ritorno de' Sovrani legittimi non vi arrecò mutazioni di rilievo. L' attuale regnante, Carlo Alberto, volle dare a' suoi sudditi il beneficio di nuove leggi, le quali fossero universali, uniche, certe e conformi ai principii fondamentali della Monarchia. Fu dunque per ordine suo raccolta in uno la sapienza delle leggi antiche variamente sparse, nè in ogni luogo uniformi, finchè nel primo di Gennajo 1838. fu pubblicato il nuovo codice civile. Cessarono quindi di avere autorità le leggi romane e gli statuti tanto generali che locali in tutte le materie in esso contenute: cessarono parimenti di aver forza di leggi in tali materie le regie costituzioni, gli editti, le lettere patenti e altre regie provvisioni, e finalmente i regolamenti, usi, consuetudini e qualunque altra disposizione legislativa, salvo i soli casi in cui il Codice stesso vi si riferisca (16).

XVI La Toscana, a differenza delle altre provincie Italiane, fu la più tarda a risentire i danni della rivoluzione, ma tuttavia non ne andò esente. Nell' anno 1808 venne abolita la legislazione che ivi reggeva, e i Toscani, anch' essi, vennero assoggettati alle leggi di Francia (17). Ma caduto il governo Italiano, e tornato nel trono de' suoi avi il Gran Duca Ferdinando, sua prima cura fu quella di abolire i Codici e l'ordine giudiziario francese, salvo il Codice di commercio, il sistema ipo-

(14) Cav. de Thomas. ibid. lib. 4. tit. 1. cap. 4.
(15) Tobon Inst. de jur. nat. civ. §. 4.
(16) Cod. Albert. art. 2415.
(17) Bulletin des Lois N. 193.

tecario e le regole intorno alla prova testimoniale. Quindi il diritto Romano ed il Canonico, l' uno e l' altro accomodato all'uso del foro, e gli articoli 1341, sino al 1348, sono l'attuale giurisprudenza di quel paese (18). In ordine al sistema ipotecario è d' avvertire che dopo aver subito alcune modificazioni con delle leggi speciali, fu finalmente riordinato col moto proprio del 2 Maggio 1836, il quale dal primo Luglio in poi, dovè osservarsi come sola legge ipotecaria in Toscana (19).

XVII. Poco ci resta a dire riguardo a Parma, Modena e Lucca, le quali, salvo alcune modificazioni, ritennero i Codici Francesi.

XVIII. Da quanto sinora abbiamo esposto assai bene si rileva come la compilazione di Giustiniano sia a giorni nostri di molto decaduta dall' antica autorità. E comecchè sia forza confessare che la maggior parte degli odierni Codici abbia ivi attinto i principii, come a fonte inesauribile di ogni legislazione civile, nulladimeno credo non sia da muover dubbio, come già fecer parecchi, sull' utilità loro, essendo essi puri, concisi e scevrati da una moltitudine di leggi, le quali oggigiorno riempiono inutilmente la collezione Giustinianea. Gli Ateniesi che tenerissimi erano di non macchiare la loro legislazione col superfluo e con le antinomie, costumavano, dice Bacone, di fare in ciascun anno esaminare da sei saggi le leggi che presentassero tali difetti, sottoponendo al giudizio del popolo quelle che fossero riconosciute inutili, o irreconciliabili, affinchè con ordinamenti più retti e più chiari si togliessero, o spiegassero. Quest' esempio, segue il sullodato filosofo, dovrebbe essere imitato da ciascun governo; imperciocchè le superfluità e le contraddizioni delle leggi cagionino molte incertezze, varietà di opinioni moltissime. Indi avviene che nella loro esecuzione portano seco grandi spese e sono di sovente deluse: nascono liti gravissime e moltissime, somme facilità per le cavillazioni, e gli onesti uomini si trovano oppressi dal mezzo istesso che debbe soccorrerli: tutte le ambiguità delle leggi che cagionano l' ignoranza degli avvocati, servono del pari a coprirla. E qual cosa v' ha di più strano, che il vedere nelle scuole seriamente intrattenuta la gioventù a dover profondamente studiare che gli uomini nell' antica Roma erano liberi e servi; che i servi erano coloni, ascrittizi e latini; la legge Elia Senzia, Fusia Caninia, le formalità delle nozze, delle adozioni e mille altre cose di questa maniera, le quali sono del tutto estranee alla società presente! E più strano parrà per avventura che gli antecessori, dopo aver perduto un' infinità di

(18) Forti, Ist. civil. lib. 1. cap. 3. sez. 5.
(19) Forti, ibid.

tempo nell' ammaestrare tante sottigliezze, debbano a ogni piè sospinto ammonire l' uditorio che quello che fu da essi insegnato e disputato, non è più in uso. Se così fatte erudizioni sono nelle accademie pregievoli, sono nel foro inutili. Imperciocchè facendo esse considerare come necessario quello che per se stesso è indifferente, spesse volte fanno riguardare come indifferente quello che per sè stesso è necessario.

XIX. Le ipoteche sono fondate nell' obbligazione, l' adempimento della quale dee dipendere dai beni. I beni però non presterebbero gran sicurezza al creditore, s' egli non avesse sopra essi ipoteca: giacchè il debitore se ne potrebbe spogliare con donazioni, vendite o altri titoli, nel qual caso il creditore non avrebbe rimedio alcuno, se non avesse il diritto di evincere i beni alienati presso qualunque possessore. L' ipoteca offre questo diritto. Nelle leggi romane, mediante l'evizione, essa ha lo stesso effetto sopra gli stabili e sopra i mobili, e manca della pubblicità. Ma gl' inconvenienti che derivavano dal sottoporre all' evizione i mobili, i quali possono cambiar di padrone ogni momento: le dubbiezze e le liti che nascevano dal non conoscere lo stato attivo e passivo del debitore, hanno introdotto un altro genere di giurisprudenza. I mobili non sono più soggetti a ipoteca; ma solo gli stabili e tutto ciò che tien luogo di essi. Oltracciò non basta di avere a proprio vantaggio un atto che produca ipoteca; ma è necessario che l' ipoteca sia resa pubblica mediante iscrizione. Questo sistema di pubblicità è uno de' caratteri essenziali del nuovo regime ipotecario. Tanto lo studioso che il forense non ne ritrova alcun vestigio nella compilazione di Giustiniano. Perchè adunque dovrá egli studiare nel corpo delle leggi civili con quali forme e solennità i romani accompagnassero i loro matrimoni, le loro donazioni e i loro testamenti, in vece di ritrovarvi una materia, la quale oggi forma parte interessante della giurisprudenza civile, e ch' egli è costretto a rinvenire altrove? Ond' è che v' hanno parecchi, i quali per avventura conoscono le differenze che gli antichi ponevano fra l' adozione e l' arrogazione, fra le cose sante, sacre e religiose, e poco o nulla conoscono il regime ipotecario.

XX. Le pene assurde e feroci, delle quali abbonda il corpo della legislazione di Giustiniano, la procedura sulle prove, la tortura ed in genere tutto il sistema criminale, non è più adattato a'felici tempi, in cui viviamo. Dottissimi giureconsulti, fra' quali meritano laude il Cremani, il De-Simoni, il Renazzi, il Romagnosi e il Carmignani, provvidero al bisogno di riforma nella giurisprudenza penale, e mandarono a soqquadro non poche disposizioni del diritto comune. Abolite in tal modo le leggi delle XII. Tavole, quelle di Silla, di Cesare e di Au-

gusto, le moderne legislazioni hanno formato del sistema penale un Codice separatamente distinto dal civile.

XXI. Il commercio fu quasi sempre coltivato dalle nazioni. Fino da' tempi più remoti avea progredito nell' Asia; acquistò nuova attività nelle mani de' Fenici, e dimorò lunga pezza fra le mura di Atene, di Corinto e, di Rodi. Roma dedita alle guerre e alle conquiste non fece dapprima alcun caso di esso; ma cresciuta di cittadini e forestieri ebbe necessità di provvedervi. Furono ricevute le leggi Rodie e Augusto pel primo dette loro la sanzione romana. Parecchie altre disposizioni su questa materia trovansi sparse nella collezione di Giustiniano, come fanno fede i titoli del nautico fenore, dell' azione esercitoria, istitoria e altri simili. In processo di tempo si conobbe che l' utile del commercio meritava una giurisprudenza diversa; epperò sino dal secolo XVI. e XVII. parecchie nazioni ne pubblicarono disposizioni particolari. Finalmente la Francia ne formò una legislazione speciale, fondata su principii conosciuti da tutte le nazioni commercianti. L'esempio venne imitato da altri popoli, i quali, abolito il diritto Giustinianeo, emanarono su tale maniera codici nazionali.

XXII. Le leggi romane ebbero origine da' pagani; e comecchè in esse, quasi per tutto, si scorgano modelli di somma rettitudine ed equità, nulladimeno non potevano esse in tutto convenire a' principii della religione di Cristo. Furono molte cose corrette, abrogate moltissime. Alcune materie che prima erano indistintamente soggette alla giurisdizione laicale, oggi spettano alla giurisdizione Ecclesiastica. Le cose sante, sacre e religiose, gli sponsali e i matrimoni, i gradi di cognazione e affinità e quasi tredici titoli del primo libro del Codice con buona parte delle Novelle sono, e giustamente, vindicati al diritto canonico.

XXIII. Che diremo poi della procedura e dell' uso del foro? Che le leggi romane, e generalmente tutta la compilazione Giustinianea, non sono su questo rapporto che una mera erudizione, la quale disgraziatamente occupa più posto di quello che oggi non farebbe mestieri; e che perciò elle si ridurrebbero a poca cosa, quando si volessero scevrare dal superfluo ed inutile. Appare quindi agli occhi di tutti che l' autorità da Giustiniano data alle sue leggi ebbe a' suoi tempi poca estensione; e che negli odierni costumi è abolita, scaduta o minorata presso quasi tutte le nazioni di Europa.

DELLE LEGGI ROMANE

ABROGATE, INUSITATE E CORRETTE

SECONDO L' ORDINE DELLE ISTITUZIONI IMPERIALI

LIBRO I.

TITOLO I.

DELLA GIUSTIZIA E DEL DIRITTO

SOMMARIO

1. *Definizione della giustizia.*

Giustizia è voce astratta derivata dall' aggettivo *giusto*, il quale si può applicare tanto all' uomo, quanto alle cose: dunque la giustizia nel primo caso esprime una qualità inerente all' uomo, nel secondo una qualità inerente alla cosa. Gli Stoici e i giureconsulti nel definire la giustizia *una costante e perpetua volontà di attribuire il suo a ciascuno* considerarono in essa la prima qualità. I Neoterici nel definirla *una conformità dell' azione alla legge* risguardarono la seconda. Niuna di queste due definizioni abbraccia tutte le nozioni comprese nel vocabolo giustizia. Il Vinnio (1) la definisce *un abito dell' animo, pel quale, quanto è in noi, propendiamo a volere attribuire il suo a ciascuno.*

§. Jurisprudentia 1.

SOMMARIO

1. *Osservazione sulla definizione della giurisprudenza.*

Eineccio non approva la definizione della giurisprudenza data da Ulpiano (2) e riferita da Giustiniano in questo paragrafo. Epperò crede

(1) Inst. lib. 1. tit. 1. in fin.
(2) L. 10. §. 2. ff. de just. et jur.

più acconcio definirla un abito pratico d' interpretare rettamente le leggi e di applicarle con senno a tutti i casi. Parecchi non amano siffatta correzione; imperciocchè il senno possa stare senza l' abito pratico, e la conoscenza delle leggi senza il senno (3). Sebbene tale osservazione non mi talenti gran fatto, nulladimeno parmi che la definizione di Ulpiano non abbia mestieri di correzione. La giurisprudenza rettamente è definita la notizia di tutte le cose divine ed umane. Avvegnacchè essa non risguarda le cose divine in quanto alla cognizione di esse recata nell' Evangelo; ma sebbene quanto vengono trattate co' riti esterni fra gli uomini. Non è dunque vero che i giureconsulti romani con tale definizione abbiano trasceso ogni confine. (4) Gellio nello spiegare le cerimonie de' Flamini si serve dell' autorità di Masurio Sabino (5). Presso Tacito (6) Attejo Capito viene chiamato sapiente nel diritto divino ed umano; e Cicerone (7) osserva che niun Pontefice era tenuto per valente, qualora non avesse avuto cognizione del diritto civile. Quindi gli autori del nostro diritto collocarono una seconda specie di diritto civile nelle cose sacre e ne' sacerdoti (8) acciocchè indi si potesse conoscere che niuno era stimato giureconsulto, se non avesse abbracciato con le sue cognizioni tutti i diritti divini ed umani (9).

§. Juris Praecepta 3.

SOMMARIO

1. *Osservazione del Barcler sui tre precetti del diritto.*

I precetti del diritto sono tre: vivere onestamente, attribuire a ciascuno il suo, non offendere alcuno. Questi precetti sanno di stoico. E' parea che tali filosofi facessero consistere l' onesto nelle quattro virtù cardinali: vivere onestamente spetta alla temperanza, non offendere alcuno alla fortezza, attribuire a ciascuno il suo alla giustizia. I giureconsulti non fecero caso della prudenza, quasi virtù intellettuale (10).

(3) Cav. de Thomas. Introd. allo stud. del dir. publ. e priv. lib. 2. tit. 1.
(4) Come opina il chiarissimo Cav. de Thomas. ibid.
(5) Lib. 10. Cap. 15.
(6) Lib. 3.
(7) Lib. 2. de Legib.
(8) L. 1. §. 2. ff. de just. et jur.
(9) Veggasi il Brissonio, IV. Select. 6.
(10) Thomas. ad not. Inst. hoc tit.

Un autore elegante, ma non meno satirico, parlando di questi precetti, li pone fra le leggi abrogate. Ignari non estis, egli dice, adolescentes, mutata hominum mente plerumque velut tacitis abrogata suffragiis, quae maiores nostri tamquam mansuris legibus commendabant. Hinc aeditus abrogatarum legum liber, praeclarus hercule, si non eas leges omitteret, quas in eo primas esse oportuit. Non fero volumen erroris tam manifesti reum, et nisi haberet triste mortalitas privilegium, ut liceat aliquando peccare, librum mea sententia ad oleum piperque dimitterem. Etenim plurimas juris partes mutata jam omnium voluntate deletas ita praeteriit, ac si illae hodie in antiquo regno consisterent. Si nisi exemplo non creditis, ecce legem olim sanctissime habitam, *honeste vivere, alterum non laedere, jus suum cuique tribuere,* quam nunc prorsus abolitam indignor inter antiquatas in eo codice non referri (11).

(11) Satyr. part. 1.

TITOLO II.

DEL DIRITTO NATURALE, DELLE GENTI E CIVILE

SOMMARIO

I. *La congiunzione dell' uomo con la donna non può chiamarsi matrimonio.*

II. *Osservazione sulla definizione del diritto naturale proposta da Giustiniano.*

I. Giustiniano, seguendo un passo di Ulpiano (12), nel principio di questo titolo dice essere diritto naturale quello che la natura medesima insegnò a tutti gli animali. Il diritto naturale adunque non è proprio dell' uomo, ma è comune a tutti gli animali tanto volatili che acquatici e terrestri. Da esso, secondo la sentenza degli antichi, discende la congiunzione del maschio e della femmina, la quale noi chiamiamo matrimonio, la procreazione e l' educazione della prole. Gl' interpreti delle leggi romane, devotamente religiosi a questi principj, accumularono una moltitudine di quistioni, gran parte inutili, sopra le obbligazioni de' padri verso i figli e de' figli verso i padri. Noi però di buon grado le ommettiamo, non essendo questo il luogo di chiamarle ad esame. Nulladimeno vuolsi osservare che la proposizione del compilatore di Costantinopoli, il quale dice che la congiunzione del maschio con la femmina, indotta dalla stessa natura, chiamasi matrimonio, è falsa e poco a' moderni costumi conveniente. Imperciocchè ammesso, secondo il tenore di questa legge, che la congiunzione del maschio con la femmina formasse il matrimonio, ne verrebbe di conseguenza che formerebbero matrimonio anche tutte le congiunzioni illecite. Saggiamente osserva il De-Luca (13) che se questo principio fosse in se stesso vero, le antiche romane leggi non avrebbero potuto concedere i divorzi, giacchè a niuno degli uomini è concesso di poter derogare alle leggi di natura. La legge canonica, quantunque abbia avuto luogo la congiunzione, non riconosce matrimonio di sorta, qualora non sieno state osservate le forme prescritte dalla Chiesa.

II. È parimenti poco conveniente alla civiltà moderna il credere ciecamente con Giustiniano che la natura abbia insegnato il diritto na-

(12) L. 1. §. 3. ff. de just. et jur.
(13) Confl. obs. 78.

turale anche alle bestie, o l' affermare con Ulpiano che anche le bestie abbiano in certo qual modo perizia di questo diritto. Lasciando da parte le dottrine della filosofia stoica e degli antichi gentili, il lume della stessa naturale ragione ci fa conoscere che non può essere diritto nè legge, se non fra quelli in cui v' ha ragione, società e commercio. Le congiunzioni de' bruti nascono da cieca libidine senza elezione e consiglio; ma l' uomo nel contrarre il matrimonio ha sempre dinanzi agli occhi l' onestà, e dee sfuggire quelle congiunzioni che non sono convenienti al pudore naturale. L' educazione della prole ne' bruti non oltrepassa i confini della sostentazione; negli uomini, di più, importa d' infondere negli animi la virtù, e d' istruirli nelle discipline convenienti alla propria condizione. È quindi maraviglioso che molti filosofi e giureconsulti, i quali scrissero sopra il diritto romano da circa sette secoli dopo la sua sepoltura, andando follemente attaccati alle grida, abbiano da queste sottigliezze dedotto una moltitudine di conseguenze e obbligazioni che in pratica non hanno vigore di sorta. Se noi vogliamo prendere il diritto per quella legge che obbliga nella vita civile ciascun cittadino ed ha forza coattiva, vedremo che queste leggi di natura sono piuttosto ideali, siccome quelle che non si trovano scritte in luogo alcuno, nè hanno legislatore di cui si possa conoscere la potestà e la forza (14). Elle in effetto non esprimono che un certo modo di parlare, il quale denota un impulso, o stimolo di natura sino dall' infanzia insinuato negli animi nostri dalla tradizione de' nostri padri, dall' educazione, da' costumi delle particolari nazioni, e dalla religione che ciascuno professa.

§. Sed jus, 2.

SOMMARIO

I. *Esposizione del testo.*
II. *Critica de' moderni.*
III. *Distinzione del diritto secondo gli odierni costumi.*

I. Il diritto delle genti è un diritto comune a tutto l' uman genere; imperciocchè, esigendolo l' uso e le umane necessità, tutte le genti costituirono alcuni diritti, i quali si osservano ugualmente presso tutti i

(14) CARD. DE LUCA, Confl. obs. 18.

popoli (15). Da questo diritto sono derivate le guerre, le servitù e quasi tutti i contratti.

II. È opinione di molti che tutte queste asserzioni sieno la maggior parte frivole e poco adattate a' presenti costumi. In foro e nella pratica i nomi di diritto e di legge sono chimerici ed inutili, qualora non abbiano forza coattiva. La coazione è l' anima della legge; senza coazione la legge è superflua: ella potrà dar campo di parlare e scrivere nelle scuole e nelle accademie, ma non nel foro. I censori meno indulgenti delle leggi romane osservano che se le guerre e le servitù, secondo il tenore di questa legge, provenissero dal diritto delle genti indispensabile, e se realmente tutti i prigionieri di guerra dovessero essere captivi, non si sarebbe potuto indurre una legge universale non scritta, la quale disponesse che il Cristiano non potesse avere servo Cristiano: e niuna legge positiva avrebbe potuto togliere la legittima, l' obbligazione degli alimenti, la preferenza dell' educazione, e molte altre cose di questa maniera, le quali in pratica non sono osservate. Soggiungono parimenti che se il diritto delle genti fosse ugualmente osservato presso tutti i popoli, ne dovrebbe venire di conseguenza che nelle guerre, nelle servitù, ne' contratti e in tutte quelle cose che spettono a questo diritto, le leggi e i costumi degl' Asiatici, degli Africani, e degli Europei dovrebbero essere tutte uniformi, laddove una pratica inconcussa dimostra apertamente il contrario. Io, per me, lascio da parte siffatta quistione: il lettore può di per sè stesso giudicare se ella sia giusta; bastami pertanto accennare che la triplice distinzione di leggi, o diritto, posta nel principio di questo titolo, è proscritta ne' codici delle moderne legislazioni di Europa.

III. Distinzione più accomodata a' tempi presenti, specialmente nello stato della Chiesa, è quella del diritto divino ed umano. È diritto divino quello che si contiene nelle sacre pagine del Vecchio e Nuovo Testamento, e quello che la Chiesa ricevè e dichiarò come tale per la tradizione degli Apostoli e Discepoli di Cristo. Il diritto umano è di due specie: Ecclesiastico e Profano; il primo si chiama anche Canonico o Pontificio in tutto ciò che concerne le cose spirituali; il secondo si appella anche civile, ed è quello che concerne il regime temporale dello stato Pontificio; in esso è compresa anche la ragione civile degli antichi romani.

(15) §. Jus autem, 1. hoc tit.

§. Constat 3.

SOMMARIO

I. *Condizione del popolo sotto la Repubblica.*
II. *Creazione de' Tribuni della plebe.*
III. *Decreti del Senato.*
IV. *Della legge Regia.*
V. *Editti de' Magistrati.*
VI. *Risposte de' Prudenti.*
VII. *Riepilogo.*
VIII. *Nuova parte di giurisprudenza scritta.*
IX. *Uso del foro.*
X. *Osservazione sull' uso delle decisioni de' Tribunali.*
XI. *Errore sull' uso dell' autorità de' Consulenti.*

I. Primo legislatore fra' Romani, secondo Dionisio, fu Romolo; secondo Livio, fu Numa. Gli storici che vennero in appresso, non che parecchi fra' giureconsulti, contesero fra loro accerbamente a quale dei due si dovesse accordare questo onore. Poco giova però l' entrare in questa disquisizione: basta conoscere che in que' tempi non erano leggi scritte, giacchè tutto si amministrava dal re e dal senato secondo il senso naturale di giustizia e senza leggi (16). Ma la prudenza insegnò che in certi casi era necessaria l' approvazione del popolo, e quindi fu diviso in Tribù ed in Curie. I magnati ritennero gli uffici di religione e di governo, mediante i quali ciascuno di essi potesse tenersi affezionato un certo numero di popolari. In questa maniera i patrizi non potevano a meno di avere una preponderanza sopra la plebe; preponderanza che venne in appresso meglio garantita dal censimento costituito da Servio Tullio. Indi nacquero tra' patrizi e la plebe frequentissime discordie, le quali crescevano di mano in mano che l' insolenza de' primi si rendeva più scoperta. Scacciati i re e venuta la nuova della morte di Tarquinio, i grandi non ebbero più ritegno, e presero maggior animo a trattare la plebe più accerbamente. Ella indignata per vedersi così malamente rimeritata de' servigi che aveva resi alla repubblica, si ritirò sul monte sacro, manifestando l' animo di abbandonare i patrizi, acciocchè, se loro bastasse l' animo, da sè stessi coltivassero le terre e la patria difendessero.

(16) L. 2. ff. de orig. jur.

II. La partenza della plebe indebolì le forze della repubblica, epperò si rese necessario ritornare a concordia. Furono a tal uopo deputati illustri personaggi a proporne i patti. Fu tra essi che la plebe dovesse avere un magistrato, il quale la difendesse dalla prepotenza de' patrizi. Vennero quindi creati nuovi magistrati plebei e si chiamarono Tribuni: erano inviolabili nella persona, avevano diritto di approvare, o ricusare i decreti del senato, di radunare la plebe e propor leggi (17). Queste leggi si chiamavano plebisciti; da principio obbligavano solamente i plebei; ma in processo di tempo, mediante la legge Orazia ed Ortensia, si resero obbligatorii anche pe' magnati.

III. I Decreti del senato non avevano forza di legge. Imperciocchè parti del senato fossero soltanto il conoscere delle cose pubbliche, l'istruire e sostenere i consoli, il provvedere a' bisogni della pubblica amministrazione, il diriggere la politica esterna e il preparare la materia alle adunanze popolari (18). Vigendo la repubblica il diritto di far leggi era solo del popolo, e questo diritto fu conservato sino a' tempi di Augusto. Tiberio pel primo, facendo conoscere che l' aumento del popolo romano rendeva difficile il poterlo convocare, ridusse il potere del popolo nel senato. Dal qual tempo, cessando le leggi e i plebisciti, i senato-consulti cominciarono ad avere forza e autorità di legge. Tutti gli storici convengono che la causa di tale traslocazione fosse falsa, mentre ella fu solo opera della politica de' Cesari, i quali servivano alla propria potenza, aumentando quella del senato (19).

IV. Alcuni passi delle Pandette, alterati, secondo la moderna critica, dal compilatore Triboniano, vogliono far credere che verso la metà del secondo secolo dell' era volgare il popolo romano facesse una legge chiamata regia, la quale trasferisse nell' imperatore ogni diritto di sovranità e di potere assoluto. Nulladimeno molte prove irrefragabili ci fanno conoscere che la repubblica conservò tutte le sue forme anche sotto gl' imperatori, e perciò l' ipotesi della legge regia sembra piuttosto una favola (20).

V. L' amministrazione della giustizia negli affari civili era attribuita ai Pretori. Essi però non avevano potestà legislativa, imperciocchè essa appartenesse alla maestà, e i Pretori erano custodi, non arbitri delle

(17) Dionis. lib. VI. Tit. Liv. III. 55.
(18) Polyb. Hystor. VI. 11. 12.
(19) Tranquill. in Tiber.
(20) Flavi Vopisci Tacit. pag. 336. Probus pag. 350. Dionis. LVII. 15. Herodian II. 12. Gronov. de la loi Royale des Romains. ediz. 1671.

leggi civili. Quando entravano in carica solevano pubblicare un editto, nel quale significavano in qual maniera avrebbero giudicato gli affari di loro competenza, e quali massime avrebbero abbracciate ne' loro giudizi. Essi non potevano però abrogare, o mutare le leggi già fatte, ma solo coadiuvarle. Nulladimeno è certo che sotto pretesto di equità, mediante le restituzioni in intero, le possessioni de' beni e simili, in effetto mutarono sembiante all' antico diritto civile, Quindi Cassiodoro ebbe a dire che i Pretori non ebbero riguardo alle leggi scritte, giacchè soventi volte le resero illusorie. Le quistioni derivanti dalle contrattazioni che si facevano ne' mercati, e la polizia della Città, erano di competenza degli edili curuli, e quindi gli editti proposti dagli edili formavano parte del diritto onorario.

VI. Ultima parte del diritto scritto sono le risposte de' prudenti, sulle quali non giova lungo tempo trattenerci, avendo di esse parlato tutti i giureconsulti. Basterà soltanto accennare che prima di Augusto chiunque avesse avuto fiducia de' proprj studi poteva rispondere pubblicamente a chi l' avesse consultato sopra cose di diritto. E in fatti, pubblicate le leggi delle XII Tavole, le quali per sè stesse erano brevissime ed oscure, l' interpretazione parve necessaria. Augusto però, acciocchè l' autorità delle leggi fosse maggiore, stabilì pel primo che i prudenti dovessero rispondere in forza dell' autorità sua. Quindi, come scrive Pomponio, la facoltà di rispondere cominciò a domandarsi come un privilegio, e perciò molti si avvisarono che le risposte e l' autorità de' giureconsulti cominciassero a noverarsi fra le parti del diritto scritto solo dopo questo tempo.

VII. Dunque parti dell' antica romana giurisprudenza scritta erano le leggi, i plebisciti, i senatoconsulti, le costituzioni de' Principi, gli editti de' Magistrati e le risposte de' prudenti. Esse, come sopra vedemmo, avevano effetti e legislatori diversi; comprendevano tanto gli affari civili, quanto i criminali che commerciali. Oggi giorno però, come dimostreremo in appresso, tutte queste distinzioni sono meramente accademiche e la parte loro inutili. La legge ha un effetto solo e il legislatore è unico; e perciò è un' assurdo l' usare oggigiorno tutte le sottili distinzioni degli antichi. Parti di diritto scritto sono presso noi. I. Il moto proprio sovrano del 10. Novembre 1834. per gli affari civili: L' editto della Segreteria di Stato del 20. Settembre 1832. per gli affari criminali, e il Codice di commercio provvisorio per gli affari commerciali. II. Il diritto Canonico e le costituzioni Apostoliche in tutto quello che non si trova derogato dalle parti di diritto scritto sopraccennate. III. Il diritto civile de' romani, altrimenti detto comune, moderato

secondo il diritto Canonico, le costituzioni apostoliche e gli odierni costumi in tutto ciò che non si trova derogato dal suddetto regolamento legislativo e giudiziario, dal codice di commercio e criminale.

VIII. Del resto sarebbe cosa assurda il credere che nel giudicare le parti degli odierni giudici fossero uguali a quelle degli antichi pedanei. Il diritto romano conta sopra il suo dorso un lungo giro di secoli, non di anni, e perciò non potette a meno di rendersi per età venerabile, ma non sempre per chiarezza intelligibile. Da' tempi de' Decemviri a quelli del presente felice ed augustissimo governo i costumi ebbero campo di potersi mutare, e procedere nello incivilimento senza correre le poste. Quante vicende non succedettero in Italia e per tutta Europa dall' ordinazione delle leggi alla loro compilazione, dalla compilazione al loro ritrovamento, dal loro ritrovamento alla rivoluzione di Francia, e da questa a' giorni presenti! Oltracciò leggi che furono fatte nell' ignoranza dell' infallibile e vera religione, nella potestà temporale del paganesimo, dovevano necessariamente essere soggette a gravi alterazioni, abbracciato il cristianesimo, e riunita nel Vicario di Cristo la potestà spirituale e temporale. Si aggiunga che Irnerio, Ugolino e altri vecchi giureconsulti di que' tempi, i quali, pei primi, posero le mani nella compilazione di Giustiniano, siccome della lingua latina poco periti, della storia imperitissimi, dettero in moltissimi errori, da' moderni in appresso scoperti e confutati. Rimase quindi lunga pezza incerto, e fu da' dottori gravemente conteso se dovesse prevalere la prima o la seconda interpretazione; ma neppur essi furono tutti di un sentimento, e scoprendo antinomie, proponendo conciliazioni, nuove opinioni manifestando, fecero alla giurisprudenza presente di opere sterminate, le quali anzi che rischiararla, più presto l' ottenebrarono. Le mutazioni de' casi e delle circostanze vennero anche esse a spargere nuove tenebre a queste dissenzioni, giacchè i presenti costumi non permettevano di applicare le leggi nel loro senso letterale. Quindi nacque la necessità di ricorrere all' uso del foro e alle decisioni de' Tribunali, e i testi e le leggi furono per lo più lasciate dall' un de' lati (21). E ciò non perchè l' autorità delle leggi non fosse, e non sia anche oggigiorno necessaria, ma perchè dietro tante vicende, dietro tanti scritti, dietro tante opinioni, la disposizione della legge si rese difficile, ed oscura.

IX. In mezzo adunque ad una moltitudine di leggi e teoriche, parte inutili, perchè non adattate a' costumi presenti; parte corrette, perchè non convenienti alle odierne disposizioni, il foro, facendo a tutte giu-

(21) Card. de-Luc. de jud. disc. 35. N. 69.

stizia, hà sparso su tante tenebre benefica luce. Poco giova in pratica allegare la sola autorità del Cuiaccio, o quella del Bartolo: prima sopra tutte le autorità è l' uso del foro. Il giudice e il forense non può ciecamente credere alla compilazione Giustinianea, nè all' opinione de' dottori, quando trova che un principio contrario è ricevuto come ferma regola di giurisprudenza. Omnes enim artes, dice egregiamente Cicerone, aliter tractantur ab his, qui eam ad usum transferunt; aliter ab his qui ipsarum artium tractatu delectati nihil in vita sua sunt aliud acturi. Ritengasi quindi come canone inconcusso che ogni qual volta sopra un articolo di legge v' ha una pratica e consuetudine di giudicare, v' ha pur regola di decidere pari in autorità a quella della legge (22). Laonde il giudice e il forense prima di tutto dee avere sott' occhio qual sia lo stile di giudicare ricevuto in quel Tribunale, nel quale pende la controversia e le decisioni che in occasione di controversia consimile furono emanate dallo stesso Tribunale o dal Tribunale superiore (23). Del resto, perchè le decisioni facciano autorità, è necessario ch' elle colpiscano i termini della questione, imperciocchè la sola decisione in termini è quella che forma autorità (24).

X. Non ostante però questo saggio principio, il quale ci viene molte volte suggerito e inculcato da' Tribunali medesimi, s' ebbe lunga pezza nel foro la manìa di allegare ne' scritti una moltitudine di massime *incidenti*, in vece delle leggi e delle decisioni in termini. Quante volte non ho io lette allegazioni o difese nelle quali per sostegno del proprio assunto non erano citate che alcune leggi generiche imparate a memoria come tanti aforismi, ottime in massima, inutili alla circostanza, e circondate da una moltitudine di sentenze incidentali estratte da' repertori delle Decisioni! Indi poi che ne avviene? che siccome queste leggi, o piuttosto regole di diritto, sono soggette a mille eccezioni (25) e siccome non v' ha Decisione, la quale non sia piena di sentenze incidenti applicabili a qualunque caso, così riesce ugualmente facile all' una e all' altra parte di provare il proprio assunto con una sterminata moltitudine di autorità. In mezzo a questa guerra civile i clienti, abbagliati dallo splendore di tante citazioni, spendono a braccia quadre; le liti sono pericolose e lunghissime, i curiali si diffondono in tempo e parole, e gli avvocati hanno sempre un punto d' appoggio nelle loro

(22) Recentiss. tom. I. Decis. 11. Palma, Decis. 437. N. 30.
(23) Card. de-Luc. de jud. disc. 35. N. 73.
(24) Card. de-Luc. de jud. disc. 35. N. 77. Florent. fideicomm. de Arrighis, del 18. Agosto 1797. avanti Salvetti §. 13.
(25) L. regula, ff. de reg. jur.

sconfitte. Io non parlo de' nostri tempi, in cui, la Dio mercè, i lumi del progresso sono penetrati anche nel foro: parlo de' tempi scorsi; e di questo che io dico, m' è buon mallevadore il De-Luca, filosofo e giureconsulto reputatissimo, il quale ne' suoi ben maturati scritti non fa che richiamarsi di questo abuso, per non dire ignoranza.

XI. Errore di simil fatta si scontra nella cieca e somma fiducia prestata all' autorità de' dottori, e specialmente de' consulenti. E vaglia il vero, chi era il Graziani, il Costantini ec.? forse Labeoni, Papiniani, Marcelli? Essi non erano più che consulenti, i quali indebitamente dettero a' loro scritti il nome di consigli o risposte, non essendo altro che orazioni o informazioni venali, mandate fuori secondo l' opportunità per favorire i loro clienti: Essi erano semplici avvocati che nel perorare le cause scieglievano a bello studio, anche cavillando, le ragioni che più per loro facevano. D' onde, come osserva il più volte citato De-Luca (26), fu cosa perniciosissima che questi scritti si pubblicassero col nome di risposte, consigli, controversie forensi o dispute, mentre altro non erano che informazioni scritte secondo il costume degli avvocati. Quindi è che essi, come di mano in mano dimostreremo nel corso della nostra opera, furono spesse volte in contradizione con sè medesimi. E questa non poteano per certo sfuggire; imperciocchè scrivendo essi per l' officio, e non per la verità, doveano spesse volte sostenere l' opposto di quello che altre volte sostenuto avevano (27). Se noi leggiamo ne' scritti di costoro, troveremo sempre che l' opinione da essi sostenuta è comune. Poco rileva se questa opinione è diversa o contraria a quella che per comune sostennero altre volte. La comunione entra per tutto, ed io, riscontrando que' libri, non ho trovato opinione che non sia tale. La qual cosa forse proverrà da questo, che siccome gli autori di simil maniera sono una moltitudine senza numero, così parrà che quando ne venga allegata una buona porzione in favore della propria causa, l' opinione si possa a buon diritto chiamar comune, senza far caso se ve ne siano altrettanti di sentimento contrario, essendo impossibile averli tutti a memoria. L' erudito Eineccio narra come un Francesco Hotmann osservasse che il celebre Andrea Tiraquean dopo avere ne' suoi libri eruditi, zeppi di citazioni, difilato i suffragi favorevoli di cento o più dottori, termina quasi sempre il discorso dicendo: *e perchè tu vegga, amico lettore, come non v' ha cosa nel nostro diritto che non sia messa in controvversia, eccoti un' altra parte di dottori, la*

(26) De jud. disc. 35. N. 76.
(27) Card. de-Luc. de fideicomm. disc. 209. N. 3.

quale è di parere contrario, e quindi affastella un' altro sciame di controvversisti e consulenti, i quali sentono tutto all' opposto. E vaglia il vero, la moltitudine o farragine di queste autorità fece nascere ad alcuno il desiderio di farne una certa specie di rivista o rassegna militare: senza alcuna operazione d' ingegno, ma con enorme fatica di spalle, compilò de' repertori sopra la comune, contro la comune opinione; ed assegnando in proposito i termini grammaticali di positivo, comparativo, superlativo, divise l' opinione in comune, più comune e comunissima. Veggasi quindi quanto sia fallace, pericoloso ed erroneo il prestar cieca fede agli scritti de' consulenti! Io non niego che, mancando disposizioni sul punto discusso, possa l' autorità loro servire di guida; ma, prima di consultarli, vuolsi considerare chi fossero, come si diportassero e perchè scrissero, mentre noi non ci dobbiamo far imporre dal nome dell' autore, ma dalla ragione e dalle leggi (28).

§. Lex est, 4.

SOMMARIO

I. *Odierna definizione della legge.*

Le leggi venivano anticamente proposte ne' comizi centuriati da que' maestrati che nella repubblica godessero autorità maggiore, come i consoli, i dittatori e i pretori. Il senato non aveva in quei tempi potestà legislativa, e perciò negli storici si trovano spesso distinti gli officî del senato e del popolo (29). Quindi, secondo l' antica forma di governo, la legge si poteva definire la volontà espressa del popolo ne' comizi centuriati, dietro la proposizione de' consoli o di altro magistrato dell' ordine senatorio (30). Del resto, mutata la forma del governo e passato il poter del popolo nella persona del principe, la legge, secondo gli odierni costumi, si definisce un precetto del supremo imperante, il quale obbliga i cittadini a regolare le azioni loro secondo la sua mente (31).

(28) Card. de-Luc. de fideicomm. disc. 216. N. 5. et seqq.
(29) Tit. Liv. passim.
(30) L. 2. §. 2. ff. de orig. jur.
(31) Heinecc. Elem. Inst. lib. 1. Tit. 2. §. 73.

§. Senatusconsultum, 5.

SOMMARIO

I. *Differenza fra gli antichi ed odierni senati.*

I decreti del senato cominciarono ad aver forza di leggi a' tempi di Tiberio, e quindi le parole di questo paragrafo non si possono riferire a' tempi della libera repubblica. L' autorità di esso cominciò a decadere dopo la traslocazione della sede dell' Impero in Oriente, e Leone il Filosofo l' abolì per sempre (32). Essendo oggigiorno la potestà legislativa passata ne' principi, gli odierni senati, se non altro quelli che sono nelle monarchie, differiscono di gran lunga da quelli dell' antichità. Negli odierni costumi i senati non sono stabiliti per amministrare la repubblica, ma solo per presiedere a' giudizi civili o criminali. La definizione di Giustiniano non è dunque accomodata a' tempi presenti; e perciò il senato si potrà meglio definire un collegio di parecchi giudici stabilito dal Principe o dalla repubblica per decidere le cause unitamente e in ultimo grado (33). Vari senati di questo genere sono stabiliti con nomi diversi presso i moderni popoli di Europa. Nello stato Pontificio l' antico senato riserba una certa qual' immagine nel sacro concistoro de' Cardinali (34).

§. Praetorum, 7.

SOMMARIO

I. *Autorità negli odierni costumi succeduta a quella degli antichi Pretori.*

II. *Autorità succeduta a quella degli Edili curuli.*

III. *Differenza fra il diritto civile e l' equità pretoria oggigiorno superflua ed inutile.*

1. Sebbene l' ufficio de' pretori oggigiorno sia fuor d' uso, nulladimeno se ne ritengono tuttavia i vestigi nelle odierne dignità. Dopo che per lo spazio di più secoli l' autorità dell' antico senato fu quasi al

(32) Nov. Leon. 78.
(33) Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 1. §. 233. in fin.
(34) Card. de-Luc. relat. Cur. Rom. disc. 4. 5.

tutto posta in oblivione, venne, come in ricordanza dell' antico ordine senatorio, stabilito un Tribunale particolare chiamato del Senatore di Roma. Questa dignità fu surrogata a quella dell' antico pretore Urbano (35) e non estende la sua giurisdizione fuori di Roma e dell' agro romano (36). Le cause Ecclesiastiche non sono di sua competenza, essendo a lui, comulativamente col tribunale dell' A. C., riserbate le cause laiche contro meri laici. I governatori ne' comuni dello stato, capoluoghi di un governo, i giusdicenti nei capoluoghi delle provincie di Bologna, Ferrara, Forlì, e Ravenna, e gli assessori legali ne' capo luoghi delle altre provincie, possono senza dubbio, paragonarsi agli antichi pretori peregrini.

II. La stessa differenza che corre fra l' antico senato, e l' odierno Senatore di Roma, corre eziandio fra gli antichi edili curuli e gli odierni maestri delle vie. Quelli avevano universalmente cura delle strade di tutto l' orbe soggetto all' impero, ed esercitavano la loro magistratura piuttosto come principi che come cittadini. Questi all' opposto hanno la loro giurisdizione limitata entro il territorio o distretto della città, ed esercitano l' officio in modo diverso da' primi. Chiunque amasse conoscere più particolarmente le funzioni di questi maestrati può consultare gli autori.

III. Il diritto onorario, come osservammo nel terzo paragrafo di questo titolo, venne in soccorso del diritto civile. Sebbene tanto l' uno che l' altro sieno posti come un genere solo fra le parti del diritto scritto, nulladimeno, propriamente parlando, il primo è opposto al secondo. Per diritto civile intendiamo il sommo rigore della legge, per diritto onorario o pretorio l' equità. Leggi dettate nelle adunanze popolari di una repubblica conquistatrice non potevano in sè stesse contenere filosofia nè maturità di deliberazione. L' esperienza e il consiglio de' saggi erano solo atti a suggerire quelle filosofiche teorie, di cui son pieni gli editti de' pretori. Il che avvenne per mezzo dello incivilimento verso il VI, e VII secolo di mano in mano che i Romani, aiutati dallo studio delle lettere greche, e dall' amore della filosofia, giungevano lentamente a un incremento morale di civiltà. Vero è pertanto che sebbene i Pretori non fossero che custodi delle leggi civili, nulladimeno per conciliare le leggi coll' umanità del secolo, a cui spesso erano contrarie, mediante le eccezioni perpetue, e con le loro finzioni, spesse volte in effetto si arrogarono le parti di legislatori. Non si può negare che essi con l' o-

(35) Card. de-Luc. relat: Cur. Rom. disc. 37.
(36) Reg. giud. §. 305.

pera loro pervenissero a rendere più equo il diritto romano, ma tuttavolta se si fosse proceduto francamente col mezzo di nuove leggi conformi alla mutata civiltà, sarebbe stato meno implicato. Cosa di fatti infelice non che perniciosissima è il vedere ne' commenti de' dottori, ne' consigli de' pratici, ne' giudizi de' Tribunali una moltitudine di quistioni sopra una legge civile, la quale, dopo molte obbiezioni, confutazioni e difese, dopo una sterminata quantità di parole e di opera d' inchiostro si rende al tutto inutile uscendo di mezzo l' equità del pretore. Negli odierni costumi la differenza fra il diritto civile e l' onorario, fra il sommo giure e l' equità pretoria è intempestiva non che ridicola. Io per me, lascio per ora di buon grado a parte tutta l' erudizione accademica e le dispute scolastiche; osservo soltanto che quando si scrivevano queste leggi l' autorità degl' Imperatori era amplissima e la potestà loro costituiva solo un' Impero. Oggigiorno però l' autorità loro è al tutto spenta, e quelle provincie che in allora costituivano solo una sede, sono oggidì soggette a più e diverse dominazioni. È adunque un' assurdo l' usare ora tutte le scrupulose distinzioni e superstizioni degli antichi. Le quali se per avventura furono ottimamente ponderate, e da' nostri maggiori nelle scuole riferite per maggior cognizione de' termini e per l' istruzione della gioventù, nell' uso del foro e nelle decisioni delle cause sono riprovevoli. Imperciocchè se noi vogliamo far uso di retto raziocinio, vedremo che tutto il diritto contenuto nel Codice nelle Autentiche e ne' Digesti, è nato fra noi contemporaneo, nello stesso momento in cui fu ritrovato, ed abbracciato dall' uso delle particolari nazioni. I moderni Codici di quasi tutta Europa, prendendo i canoni di equità dalla giurisprudenza romana, ne han fatto delle leggi, abolendo in tutto le inutili differenze degli antichi.

§. Responsa, 8.

SOMMARIO

I. *Differenza fra le risposte degli antichi prudenti e le teorie e cautele degli odierni giureconsulti.*

A' tempi nostri niun giureconsulto gode della prerogativa degli antichi prudenti. Nulladimeno molti de' più recenti ebbero nel foro un tale onore, avvegnacchè alcune loro risposte vennero adottate come leggi, e nella pratica hanno uguale autorità. La consuetudine di Martino e di Bulgaro, l' equità di Bartolo, le teorie di Saliceto, di Odoardo,

di Angelo, di Alessandro, del Cumano e di altri parecchi provano all' evidenza la nostra proposizione. Vuolsi pertanto avvertire che vigendo la romana repubblica, o, come altri vogliono, dopo Augusto, le risposte degli antichi giureconsulti formavano legge per modo, che i giudici in giudicando non potevano partirsi dal sentimento loro. Questa legge era universale e vigeva in tutto l'orbe. Ma le risposte de' moderni non hanno lo stesso vigore o privilegio, dipendendo in gran parte dal diverso stile de' particolari Tribunali (37).

§. Sine Scripto, 9.

SOMMARIO

I. *Della consuetudine.*
II. *Delle costituzioni Pontificie.*

I. Il diritto non scritto deriva dall' uso, e l' uso forma consuetudine. Questo vocabolo include il concetto di una ripetizione di atti, e quindi un solo esempio, comecchè celebre e rilevante, non induce diritto consuetudinario (38). Perchè sia legittima, secondo i giureconsulti, è necessario lo spazio di dieci anni (39); ma secondo l' uso del foro sembra che si debba rimettere all' arbitrio del giudice il conoscere, se vi sia uno spazio di tempo capace a indurre la consuetudine conforme la qualità della cosa controversa (40). Parecchi Canonisti sostengono che dieci anni di spazio bastino a indurre la consuetudine contro le costituzioni Ecclesiastiche, qualora sieno state abbracciate, in caso diverso essere necessario lo spazio di quaranta anni (41). Altri però ricusano questa distinzione, ed in generale mantengono che, per abrogare qualunque costituzione Ecclesiastica in forza di consuetudine contraria, ba-

(37) Card. de-Luc. de jud. disc. 35. N. 72.

(38) Ruota, in Cracovien. Decimarum, del 27. Febr. 1761. §. 15. 16. 17. Cristin. Decis. Belg. ad Cod. Decis. 55. N. 2. 6.

(39) Arg. l. 1. Cod. quae sit long. consuet. junct. l. super longi, Cod. de praescr. long. temp.

(40) Menoch de arbr. jud. quaest. cas. 83. N. 6. Mascard. de probat. concl. 424. N. 14. Gail. lib. 2. obs. 31. N. 7. Voet, in Comm. ad Pand. lib. 1. tit. 3. N. 29.

(41) Felin. cap. 1. N. 12. de tregua. Navarr. cons. 1. quest. 5. N. 24. de constitut. Covarr. lib. 2. var. resol. cap. 16. §. 5. N. 6. Layman. lib. 1. tract. 4. cap. 3. N. 4.

sti il decennio (42). Del resto, perchè sia valida la consuetudine contro disposizione pontificia, debbe essere canonizzata in contraddittorio (43). La consuetudine centennaria o immemorabile non ha questo bisogno; che anzi, per sostenerla, si dee presumere ogni buon titolo e causa (44).

II. Ordinariamente le costituzioni Papali sono esenti dagli effetti della consuetudine, perchè i Pontefici ne' loro Editti, Bolle, Brevi, Moti propri sogliono aggiungere la clausola *sublata quavis consuetudine ec.* L' effetto di questa clausola è che la consuetudine precedente e quella che si volesse in appresso introdurre, non è punto efficace ad impedire l' esecuzione dell' ordine Pontificio.

(42) Lessio, lib. 2. de just. et jur. cap. 6. N. 46. Lugo, disp. 7. de just. et jur. sect. 6. N. 94. Azorrio p. 1. lib. 5. cap. 18. q. 6. Reiffen. in lib. 1. Decret. tit. 4. §. 4. N. 106. Schmalz. in lib. 1. Decret. p. 1. tit. 4. §. 3. N. 10.

(43) Ruota in Setina, seu Privernen. liberationis a molestiis §. 8. del 11. Aprile 1758. Ravenn. seu Caesen. Spolii, §. 8. del 7. Decemb. 1761. Veliterna, Census §. 7. del 10. Giugno 1761.

(44) Ruota in Sulmon. Praecedentiae, dei 4 Novembre 1758.

TITOLO III.

DEL DIRITTO DELLE PERSONE.

TITOLO IV.

DEGL' INGENUI.

TITOLO V.

DE' LIBERTINI.

TITOLO VI.

QUALI CAUSE IMPEDISCANO DI MANOMETTERE

TITOLO VII.

DELL' ABOLIZIONE DELLA LEGGE FUSIA CANINIA.

TITOLO VIII.

DI QUELLI CHE SONO LIBERI E NON LIBERI.

SOMMARIO

I. *Spiegazione di un passo di Aristotile.*
II. *Origine de' clienti e de' vassalli.*
III. *Origine della plebe.*
IV. *Origine de' servi.*
V. *Condizione de' medesimi.*
VI. *Abolizione della servitù.*

I. Aristotile scrive che alcuni fra gli uomini nascono e sono servi per natura stessa (45). Egli con queste parole intende significare che gli uomini di rozzo ed incolto ingegno paiono in certo qual modo creati dalla natura per servire con domestica subiezione negli affari famigliari a quelli che prevagliono in forze fisiche e morali, Sembra in fatti che la primitiva servitù sia derivata dalla debolezza di quelli che non aveano di per sè stessi forze e coraggio bastante per difendersi dalla prepotenza de' più gagliardi. In tempi in cui la forza era l' unica

(45) Lib. 1. Pol. c. 3, et 4.

ragione di decidere, il più debole non poteva essere che la vittima del più forte, e ciò gli rendeva necessario di procacciarsi la protezione di un potente che valesse a difenderlo egli stesso. La ragione, la religione e le leggi sono quelle che uguagliano i diritti di ciascun individuo componente il corpo morale della società: senza questi tre estremi egli sarebbe nella stessa condizione de' bruti.

II. Ma questa protezione non potea di certo dal più forte essere prestata al più debole senza un compenso. Il compenso consisteva in una specie di servitù, di subordinazione e di omaggio continuamente prestato nelle mura domestiche del capo di casa. I più deboli vendevano l'opera loro a quell'uso che più servisse alle mire o ai bisogni di cui era dovuta. Una terza specie di persone che non aveano tanta debolezza per vendere se medesime a chi era più forte di loro, nè tanta robustezza o coraggio per difendersi o resistere a chi più di loro era salito in fama di prode, ne cercavano la protezione senza avvilirsi al servaggio; ma diventavano ligi a' suoi voleri sebbene non abitassero lo stesso tetto. Da questi principii ebbero origine i clienti, i vassalli e la plebe, da Omero e da altri poeti de' tempi eroici distinti col nome di compagnoni.

III. Di questa maniera di gente più erano le classi e gli ordini. Il primo era di coloro che andavano quasi del pari col protettore, nè gli prestavano che una sommissione legerissima. Imperciocchè questi non rifuggissero presso lui per viltà o debolezza di forze, ma per assicurarsi viemeglio dalla persecuzione o vendetta di quelli che per qualche titolo volevano il loro esterminio. Le storie sacre e profane offrono molti esempi di questo genere di persone, senza bisogno di andarli a investigare nell' immaginazione de' poeti. Il secondo era di quelli che componevano la plebe. Questi vivevano sotto lo stesso cielo, nella subiezione, protezione od oppressione di quello che loro aveva dato ricovero. Essi differivano assai poco dagli schiavi, stantecchè la plebe ne' primi tempi era quasi la serva de' più grandi. Gli offici, le dignità, gli onori, i poteri e i diritti risiedevano interamente ne' nobili capi di famiglia, i quali soltanto formavano il corpo morale del governo. Il popolo non aveva corpo alcuno: diviso, spartato, senza un centro comune vivea disperso fra le famiglie de' nobili. Ma le vicende, cui furono soggette le antiche repubbliche, unirono questi esseri insieme; l'unione fece crescere il numero, il numero la forza, la forza l'ardire. Venne in essi la conoscenza de' loro diritti e del giogo de' patrizi: giunta l'occasione, si collegarono vicendevolmente, e spezzando le catene, nelle quali anticamente gemevano, dettero origine al formidabile corpo del popolo.

IV. L' ultima specie è quella di cui si parla ne' titoli sopra esposti. Essa comprendeva la classe de' veri schiavi. La servitù presso tutte le genti fu la sorte de' vinti. Nei primi periodi delle umane società il sentimento della vendetta era quasi religioso, e il perdonare l' ingiuria riputavasi come azione degna di biasimo. Il vincitore riteneva come proprio diritto il fare di forza ogni male e peggio al vinto. La vita di questo era in tutto commessa all' arbitrio di quello, e quindi per naturale conseguenza serbando egli in vita il vinto parea che questi dovesse vivere per lui ed essergli servo. Siffatti principii furono adottati da tutti i popoli, e perciò gli antichi ritennero la servitù di diritto delle genti. Il vinto era nel dominio del vincitore, e siccome per diritto naturale spettano al padrone tutte le accessioni, così il suo dominio si estendeva anche sopra i parti.

V. La condizione de' servi non differiva in conto alcuno da quella delle bestie. Essi venivano riguardati come cose patrimoniali, e la legge non accordava loro alcuna protezione. Sarebbe superfluo l' esporre tutti i diritti dominicali, giacchè noi avremo occasione di parlarne altrove. Basti per ora accennare che il padrone si valea del servo, come di un giumento nelle opere, regolando il cibo secondo il bisogno delle forze pel lavoro; (46) avea sopra esso il diritto della vita e della morte, e l' abuso di questo potere non gli faceva incorrere alcuna responsabilità rispetto alle leggi civili. I servi erano l' oggetto de' contratti, e nelle vendite venivano esposti nudi a' mercati, acciocchè fosse in arbitrio del compratore osservarne i difetti. La legge non conosceva in essi matrimonio nè parentele, e il padrone, per mantenere i suoi diritti di dominio sopra essi, avea le stesse azioni che si danno per vindicare e proteggere le proprietà (47).

VI. Ma di mano in mano che i costumi degli uomini procedevano nell' incremento della civiltà, la condizione de' servi cominciò a migliorare. I giureconsulti e gl' Imperatori, meglio illuminati sulla natura morale dell' uomo, pensarono a proteggere i diritti di umanità anche ne' servi senza offendere il diritto civile. Giustiniano, dopo la legge Cornelia e Petronia, favorì la libertà ed abrogò il S. C. Claudiano, (48) la legge Fusia Caninia, menomò gl' impedimenti della legge Elia Sen-

(46) Cato, de re rustica - Familiae cibaria quanta dentur - Vinum familiae quantum detur.

(47) L. 12. ff. ad l. Aquil.

(48) Cod. de SC. Claud. toll.

zia, (49) e moderò il giuspatronato (50) abolendo le differenti condizioni de' manomessi in ordine all' acquisto di cittadinanza. (51) In appresso le leggi de' Goti e Visigoti dettero la potestà del riscatto a quelli che si erano fatti vendere come servi per partecipare del prezzo, i quali, secondo il diritto romano, avrebbero dovuto rimanere in servitù perpetua (52). Nel secolo XI. dell' era volgare la servitù cominciò a decadere. I secoli XIV. e XV. furono favorevoli alla libertà personale presso quasi tutte le nazioni. Verso la metà del secolo XV. era rimasta in Italia, in Francia e in Germania una specie di media servitù. In quell' epoca gli ascrittizi e i coloni obbligati alla loro condizione erano rarissimi, e quindi si reputavano di poco uso le disposizioni del Codice Giustinianeo sopra queste maniere di servitù (53). E quantunque ne' secoli XVI., e XVII. la servitù avesse ancora parecchie reliquie (54), nel secolo XVIII. ella venne abolita quasi universalmente (55). Gl' Inglesi meritano senza dubbio encomio per avere procurata dal congresso di Vienna l' abolizione del commercio de' Negri (56) il quale era per certo la più grande ignominia della moderna civiltà (57). Secondo i costumi delle nazioni civilizzate d' Europa neppure i vinti in guerra diventano servi del vincitore; ma si tengono custoditi per cambiarli all' uopo. Laonde i titoli sopraddetti, come pure le divisioni del diritto delle persone in liberi e servi, ingenui e libertini, insieme a tutti i modi e cause di manomettere, secondo i nostri costumi e di quasi tutte le nazioni, sono oggigiorno inutili e di momento nessuno.

(49) Nov. 119. cap. 2

(50) Cuiacc. ad Cod. lib. VI. tit. 4. p. 393. - 396.

(51) Cod. de latin. libert. toll. Cod. de dedit. lib. toll. Cuiac. ad Cod. lib. VI. tit. 5.

(52) Leges Wisigoth. lib. 3. tit. 10. l. 10.

(53) Rofred. de libellis, part. 5.

(54) Forti, Ist. civ. lib. 2. cap. 3. §. 67.

(55) Per ragioni che il nostro istituto non ci chiama a discorrere, la servitù ebbe più lunga durata nelle Spagne e nell' Italia. In quali maniere e di quante specie ella fosse ne' secoli scorsi, e fino a quall' epoca durasse, può riscontrarsi presso un Edoardo Biot. sull' aboliz. dell' antic. serv. in occid.

(56) Histor. du congrès. de Vienne lib. VI. Ediz. Parig. 1829.

(57) Veggasi Sismondi de l' affranchissement des Negres.

TITOLO IX.

DELLA POTESTÀ PATERNA.

SOMMARIO

I. *Potestà sopra i figli perchè non concessa alle femmine.*
II. *Della potestà patria degli antichi Romani.*
III. *Cenno sugli odierni costumi.*

I. Lo stesso lume della ragione naturale ci fa conoscere che la natura non ha posto alcuna differenza nei diritti del padre e della madre sopra i figli. Una legge che va innanzi a tutte, cioè quella di religione, ingiunge ai figli uguale rispetto e obbedienza verso tutti e due i genitori, nè fa distinzione di doveri. Ma le donne nella antica repubblica romana venivano esse stesse, rispetto al marito, considerate come figlie di famiglia, ed erano nella totale domestica subiezione di lui. Non è quindi mirabile se le leggi degli antichi, quantunque inculcassero rispetto verso la madre (58) non le accordassero veruna potestà civile. Siccome però ci sono delle giuste ragioni per considerare il padre come capo del governo di famiglia, così le moderne legislazioni italiane e straniere, tratte in gran parte dalle leggi romane, hanno tuttavia conservato questi principi. Il titolo della potestà paterna si trova impresso in tutti i moderni Codici, sebbene la maggior parte di essi, massime quello di Francia, abbiano procurato di conciliare i diritti naturali della madre con la convenienza civile che vuole il padre capo di famiglia.

II. I Romani si gloriavano di avere sopra i figli una potestà illimitata. Una nazione di popolo conquistatore, il quale era avido di dominio, volle pure assoluto dominio nelle pareti domestiche. I Greci favorirono anche essi i diritti di potestà patria; ma i romani li superarono (59). Eglino consideravano i figli non meglio di una cosa, ed avevano sopra essi diritto di proprietà, come sopra le bestie. La vita, e la morte de' figli stava in potere de' padri, e niuna legge, niun magistrato entrava di mezzo a punirne l' ingiusta uccisione. Tale era l' effetto delle leggi di Romolo, poscia confermate dalle leggi Decemvirali. Questo illimitato potere non avea mai fine, durava tutta la vita, e si

(58) L. 1. l. 2. ff. de obs. parent. l. 4. Cod. de pat. pot. l. 4. ff. de curat. fur. dand.

(59) Dionis. Alicarnas. II. p. 93.

estendeva sopra tutti i posteri. Nulla giovava il matrimonio, nulla godere degli onori della repubblica, nulla essere stato due volte venduto, e altrettante manomesso; il padre era giudice, arbitro, despota, il figlio meno che servo. Simile dispotismo contrario alla ragione naturale, e derivante da' rozzi e bellicosi costumi degli antichi, cominciò poco per volta a dimettersi coi progressi dell' incivilimento; alla qual cosa, secondo l'opinione di molti, non poco contribuirono presso i romani la filosofia e le lettere dei Greci. Quindi a' tempi di Alessandro Severo il diritto della vita e della morte nei padri si riteneva come già abolito (60). E Costantino l' abolì espressamente, condannando i padri uccisori de' propri figli come rei di paricidio (61). Venne parimenti limitato il diritto di punire, e laddove ne' primordi di Roma era tutto rimesso nell' arbitrio de' padri, furono in appresso autorizzati i magistrati a porsi di mezzo nelle discordie di famiglia. Da ultimo Giustiniano rese anche migliore la condizione de' figli, rendendoli capaci di proprietà e dominio.

III. Ma sebbene i progressi della ragione, Giustiniano, e, prima di lui, Costantino diminuissero in gran parte gli effetti dell' antica paterna potestà de' romani, nulladimeno essi vennero d' avvantaggio stremati dai costumi di molte nazioni. Presso noi, come nella vicina Toscana, salvo alcune modificazioni, le quali vedremo in appresso, la compilazione di Giustiniano sopra questa materia venne ed è tuttavia osservata; ma gravi mutazioni sofferse presso i rimanenti popoli d' Italia e d' oltremonti.

§. Nuptiae 1.

SOMMARIO

1. *Riforma de' Sacri Canoni.*

Le nozze, come vedremo nella prefazione del titolo seguente, si contraevano presso i romani senz' alcuna forma di solennità legale. Il semplice consenso era il requisito necessario pel matrimonio, e perciò adattata a que' tempi era la definizione di Modestino (62) e quella di Giustiniano nel presente paragrafo. Prima del Concilio di Trento parecchi concilii ingiunsero l' obbligo di ricevere la benedizione sacerdotale e di palesare il consenso alla presenza del parroco e de' testimo-

(60) L. 2. ff. ad leg. Cor. de Sicar l. 3. Cod. de patr. potest.
(61) L. unic. Cod. Theodos, de his qui parent.
(62) L. 1. ff. de rit. nupt.

ni (63); ma il Concilio di Trento fece di questo atto una condizione essenziale alla validità del matrimonio sotto pena di nullità (64). Questo decreto conciliare non solamente fu ricevuto per tutta Italia, nelle Spagne e in Francia; ma fu eziandio imitato da parecchie Chiese protestanti (65). Laonde, secondo il diritto canonico, le nozze sono un Sacramento proprio de' laici, istituito da Gesù Cristo, mediante il quale l'uomo e la donna si congiungono secondo il rito della Chiesa. Gli antichi romani consideravano nelle nozze non solo quello che era lecito secondo le le loro leggi civili; ma anche quello che i loro costumi stimavano onesto. I canonisti considerano semplicemente quello che la Chiesa ha sopra questa materia stabilito.

§. Qui igitur, ult.

SOMMARIO

I. *Consuetudine universale sopra l' emancipazione de' figli di famiglia.*
II. *Leggi vigenti nello Stato Pontificio.*
III. *Giurisprudenza Toscana.*
IV. *Giurisprudenza degli Stati Sardi.*
V. *Legislazione degli altri Principati Italiani e Stranieri.*

I. I Romani ritenevano la potestà patria come un dominio; epperò ella non cessava se non con quelli stessi modi, pe' quali cessava il dominio medesimo (66). Nulladimeno sino da parecchi secoli scorsi, forse per non stringere troppo di soverchio i rapporti di famiglia, fu stimata cosa utile il prefiggervi un termine. I Romani, intenti solo a distruggere e conquistare, non potevano concepire di quanto interesse fosse nell' utile de' terzi che le persone avessero libertà ne' commerci e nel vivere sociale. Dietro questo principio la consuetudine generale o le leggi particolari di ciascun popolo prescrissero che l' età o il matrimonio fossero bastanti ad esentare dalla potestà paterna. Questa massima non solo venne

(63) Concil. Londin. ann. 1175. Can. 18. tom. XVII. Concil. Lateran. IV. ann. 1215. Can. 51. p. 204. tom. XXVIII.
(64) Concil. Trident. sect. 24. de reform. matrim. cap. 1.
(65) Pitaval causes. cèlèbres, tom. XV.
(66) Eineccio Elem. Inst. tit. 12. §. 190.

adottata in Italia, ma eziandio in Germania, nel Belgio, in Francia, nelle Spagne e nel Portogallo (67).

II Le leggi oggi giorno vigenti nello Stato Pontificio, conformandosi alla consuetudine già quasi universalmente abbracciata, dispongono che il figlio maggiore, il quale contrae matrimonio e vive separatamente dal padre, si ritiene come emancipato (68). Da questa legge però non viene determinata un' emancipazione legale che operi di per sè stessa senza il concorso della volontà dell' uomo; ma viene fissata una presunzione legale della volontà di emancipare, la quale può essere tolta da una espressa dichiarazione di volontà in contrario. Questi principi possono oggigiorno dar luogo a parecchie conseguenze. I. La legge ammette l' emancipazione tacita, e perciò una presunzione della volontà di emancipare nel padre: d' onde se tra padre e figlio fosse una dichiarazione di volontà in contrario, questa non dovrebbe recar pregiudizio ai terzi, i quali in buona fede avessero contrattato col figlio; ma solo riserberebbe al padre ogni altro effetto di ragione circa la potestà paterna (69). II. Un figlio ammogliato che si separa dalla casa paterna e forma una privata famiglia, e che, sciente il padre, esercita una particolare industria o negozio, ed amministra liberamente i beni che gli furono assegnati, si ritiene come tacitamente emancipato: d' onde tutto ciò ch' egli acquista, fa parte del suo patrimonio e non forma peculio profettizio (70). La qual conseguenza ha luogo anche ne' beni da lui acquistati anteriormente, giacchè essi, per la mutazione dello stato, si confondono nel privato patrimonio del figlio. (71) III. Il padre non ha sotto la sua potestà il figlio come sopra tacitamente emancipato: dunque neppure il nepote nato del figlio. Quindi nella tutela del nepote debbe all' avo essere preferita la madre (72).

III. L' attuale giurisprudenza della vicina Toscana riserba in gran parte le disposizioni dell' antica legislazione. La patria potestà dura su i figli amogliati, e i figli nati di loro cadono sotto la potestà dell' avo;

(67) Gromio, Introd. lib. I. part. 6. N. 9. Gudelin. de jur. novis. lib. 1. c. 13. Cristin. vol. IV. Decis. 185. N. 7; Autumnus, Conf. du Droit, cod. de patr. pot.

(68) Reg. giud. §. 6.

(69) Ruota, Bononiens. Nullit· Test. 12. Marzo 1837. Pon. Mons. Muzzarelli. 22. Genn. 1838. in Decisis.

(70) Richer. jur. lib. 1. tit. 13. §. 1373. Voet, in Pand. lib. 1. tit. 7. N. 12. Ruota in Faventina Immissionis, cor. Rusconi, 4. Luglio 1803. §. 78 et in Verulana quoad censum Giovardi, 17. Mag. 1819. cor. Serlupi, et in Tusculana Pecuniaria et restitut. rer. 21. Marz. 1836. de Corsi.

(71) Ruota in d. Tusculana Pecuniaria, et restitut. rer. §. 6.

(72) Ruota in Alban. Tutelae, del 18. Magg. 1839, R. P. D. Alborghini.

morto il quale, ricadono in potere del padre naturale. (73) Nulladimeno si considera come tacitamente emancipato il figlio di famiglia che, dopo contratto il matrimonio, esca di consenso del padre dalla casa paterna e viva attualmente fuori della medesima (74). Così parimenti si considera emancipato quel figlio di famiglia che abiti fuori della casa di quello, alla cui potestà è sottoposto, e con di lui scienza, e pazienza, e separatamente da esso, eserciti pubblicamente la mercatura o qualche arte in qualità di maestro e principale della taverna (75).

IV. Negli stati Sardi l'età maggiore e il matrimonio non sciolgono il figlio dalla potestà del padre. L'odierno codice Albertino, seguendo i principii della legislazione romana, ha stabilito che qualora il padre sia egli stesso figlio di famiglia, o sia soggetto alla potestà patria, ovvero morto non emancipato, i figli sono nella potestà dell'avo (76), al quale si applicano tutte le disposizioni relative alla patria potestà quando è da esso esercitata (77). Nulladimeno si considera come emancipato quel figlio di famiglia, il quale, da cinque anni dopo l'età maggiore, tenga casa separata dal padre; e sapendolo e non contradicendovi il padre medesimo, regga ed amministri da sè i propri interessi (78). Gli effetti di questa patria potestà, tanto in Toscana, quanto negli stati Sardi, cessano coll'età di trent'anni (79). In Toscana l'età di quarant'anni toglie dalla patria potestà anche le femmine (80); ma presso noi nè l'età nè il matrimonio libera le femmine dalla patria potestà, qualora il padre non le abbia espressamente emancipate (81).

V. Totalmente abolite le disposizioni del diritto romano sulla patria potestà sono dalle vigenti legislazioni della Monarchia Austriaca, delle due Sicilie, del Cantone del Ticino, della Francia, del Belgio, e di parecchie altre nazioni del Nord. Il codice civile universale Austriaco dichiara cessata immediatamente la patria potestà dopo l'età maggiore de' figli, a meno che sopra istanza del padre, il giudice per giusti mo-

(73) Legge del 15. Nov. 1814. art. 42. 1.
(74) Detta legge del 15. Nov. art. 42.
(75) Detta legge, art. 43.
(76) Cod. Albert. art. 211.
(77) Cod. Albert. detto art. 211.
(78) Cod. Albert. art. 242.
(79) Cod. Albert. art. 242. - 240. legge del 15. Nov. 1814. art. 6.
(80) Detta legge del 15. Nov. 1814. art. 6.
(81) Ruota in Bononiens. Nullitatis Testamenti, del 12. Marzo 1837. avanti Muzzarelli del 22. Genn. 1838. in Decisis.

tivi non ne conceda e notifichi al pubblico la continuazione (82). Nel regno delle due Sicilie il figlio è emancipato ipso jure col matrimonio (83). Nel Cantone del Ticino si reputa come emancipato quel figlio che maggiore di età ed ammogliato siasi, con l' assenso del padre, separato ed abbia stabilito una propria economia (84). La disposizione di questo codice è consimile a quella del nostro regolamento legislativo, salvo che presso noi l' assenso del padre non è ricercato. Nella Francia e nel Belgio la patria potestà vien tolta con la maggiore età de' figli (85).

(82) Cod. Austr. art. 172.
(83) Cod. delle D. S. art. 399.
(84) Cod. Ticin. art. 106.
(85) Cod. civ. Franc. art. 488. Cod. Oland. art. 354.

TITOLO X.

DELLE NOZZE

SOMMARIO

I. *Convenienza delle nozze presso i Romani.*
II. *Politica de' Decemviri.*
III. *Rito degli antichi.*
IV. *Continuazione della stessa materia.*
V. *Del matrimonio per coemzione.*
VI. *Del matrimonio per confarrazione.*
VII. *Del matrimonio per uso.*
VIII. *Abolizione degli antichi riti.*

I. Per migliore intelligenza di parecchi titoli del Digesto non credo inutile il tracciare, con quella brevità che posso migliore, alcuni cenni storici sopra i riti degli antichi Romani risguardanti le nozze. Appare in primo luogo da alcune leggi del diritto romano medesimo che i *cittadini* di Roma non potevano contrarre matrimonio indistintamente con tutte le femmine. Gli storici, e specialmente il Sigonio, ci fanno conoscere ch' essi nelle nozze dovevano avere in considerazione la nazione, degli sposi, la condizione, la gente e il sangue. Quanto alla nazione Giustiniano stesso scrive che niun romano può sposare a moglie donna che non sia romana, ma questa di lui asserzione è abbastanza oscura, e molti valenti giureconsulti hanno dato le spese al loro cervello per indovinare che cosa egli abbia voluto significare con la parola romano. Imperciocchè Strabone, Dionisio, d'Alicarnasso, Festo, Cicerone e altri moltissimi, ci danno a divedere che i Romani solevano congiungersi in matrimonio con le donne delle altre nazioni e così viceversa, che anzi era questo un mezzo di rendere più salda l' alleanza che fra loro formavano i popoli belligeranti di que' tempi. Quanti matrimoni non leggiamo essere occorsi fra i Romani e gli Albani, fra Romani e Latini, fra i Romani e i popoli municipali? Forza è dunque conchiudere che Giustiniano si espresse in modo assai oscuro, o che egli non era il miglior storico de' suoi tempi.

II. Quanto alla condizione, gli annali di Dione e di Tacito e parecchie leggi romane ci pongono sott' occhio, che niun ingenuo potea sposare a moglie donna che fosse libertina e viceversa. Tuttavolta questi usi barbari furono tolti dall' Imperatore Augusto, il quale stanziò che

tutti gl' ingenui potessero avere in moglie le donne libertine, eccettuati i senatori e loro discendenti. Rispetto alle genti, i Decemviri avevano stabilito nelle XII. tavole che niun patrizio potesse menare in moglie donna plebea. La qual disposizione, come attestano gli storici, provenne dalla politica di Appio Claudio, il quale in questo modo intendeva allontanare in perpetuo la plebe da' patrizi. Ma la plebe comportò gravemente siffatta ingiuria, e dopo cinque anni questa legge venne abrogata per opera del Tribuno Cajo Canuleio. Poco rileva soffermarci sul grado del sangue, che metteva impedimento alle nozze, dacchè tale materia verrà da noi trattata a' suoi luoghi.

III. Allorchè per alcuna delle cause sopraddette le nozze non avessero avuto impedimento alcuno, seguiti in primo luogo gli sponsali, si compiva nel termine prefisso il rito nuziale. Il rito, secondo la testimonianza di Festo, cominciava per lo più (e specialmente nelle nozze fatte per uso) con un finto ratto ad imitazione del ratto delle Sabine. Lo sposo, o altri giovani, solevano togliere la fidanzata dalle braccia della madre o, questa mancando, della parente più prossima di lei. La sposa allora, come correva usanza, si copriva il capo con un velo color di fuoco: quest' atto aveva in mira di voler significare, per parte della sposa, la perennità del connubio, giacchè di tal velo andavano coperte le mogli de' Flammini, (e perciò chiamavasi flamminico) il matrimonio delle quali non si poteva sciogliere per divorzio, ma solo con la morte. Veniva ella quindi tolta dalla propria abitazione da tre fanciulli vestiti di pretesta. Uno di essi recavasi in mano una face, avanti alla sposa, composta di spine, volendo imitare i pastori che rapirono le donne dei Sabini. Plutarco scrive che quando nel connubio si faceva uso delle tedi o faci, la sposa non soleva essere condotta in casa il marito, se non sull' imbrunire. Gli altri due fanciulli le sostenevano le braccia, e, rispondendo reciprocamente tutti i fanciulli e fanciulle, sclamavano a chiara voce *Hymen* o *Hymenee.* Pervenutì nell' abitazione del marito, la sposa si soffermava a ungere di olio le imposte della porta, e quindi l' ornava di bende di lana; ornamento del quale in que' tempi andavano fregiate le vergini e le matrone per tenersi indietro i capelli.

Vitta coercebat positos sine lege capillos. - Ovid. Met. I.

IV. Questa cerimonia, come dimostra Varrone, si reputava sommamente religiosa, e da essa prese origine il nome *uxor,* quasi *ab ungendo.* Compiuta ch' ella era, e mentre la sposa s' innoltrava, per tutti sclamavasi Talassio; avvegnacchè nel ratto delle Sabine, come racconta

Livio, venendo rapita dalla squadra di un certo Talassio una vergine di forme elegantissima, a que' che dimandavano cui fosse destinata, i rapitori, affine di salvarla dall' impeto de' soldati, gridavano a Talassio. Da quell' epocà questa divenne acclamazione nuziale. Come prima la sposa era pervenuta nelle camere, gli amici d' entrambe le parti toglievano la face di mano al fanciullo che l' avea sino a quel punto accompagnata. Gli antichi usavano di questa formalità, affinchè la donna non la facesse ardere in quella notte sul letto del marito, e, perchè viceversa il marito non la facesse ardere sopra il sepolcro di lei. La superstizione di que' tempi facea considerare la mancanza di questa cerimonia come un presagio della morte vicina di uno de' due coniugi. In questo la sposa dirigendo la parola al marito, o essendo interrogata del suo nome, pronunciava formalmente „ dove tu Cajo, io Caja; quasi in questa maniera, come riferisce Plutarco, ella pattuisse col marito la comunione di tutte le fortune e dei beni. Il marito dal suo canto eseguiva alcune cerimonie, le quali consistevano nel riceverla per coniuge mediante l' acqua e il fuoco. Questo fatto, gli altri due fanciulli lasciavano le braccia della donna, e le femmine che per parte di essa avevano assistito alla celebrazione delle nozze, la collocavano sopra un alto sedile dedicato a Priapo, affinchè paresse che il Dio ne avesse prima delibata la pudicizia. Quindi le pronube la recavano nel letto chiamato geniale, perchè dedicato al genio. Fra le tante superstizioni dell' antichità eravi pur quella di credere che le noci fossero consacrate a Giove, e perciò il marito ne soleva spargere gran copia tra' fanciulli, acciocchè, come scrive Varrone, il matrimonio si ritenesse celebrato sotto gli auspici di quel Nume. Finalmente il marito scioglieva alla moglie il cingolo virginale.

V. Non però tutte le nozze contratte dagli antichi avevano la stessa forza giuridica. Gli effetti legali del matrimonio erano diversi in quello contratto per coemzione, da quello contratto per confarrazione o per uso. Il primo viene brevemente descritto da Varrone „ *Veteri Romanorum lege*, egli dice, *nubentes mulieres tres ad virum asses ferre solebant, atque unum quidem, quem in manu tenebant, tanquam emendi causa marito dare; alium quem in pede habebant, in foro larium familiarium ponere; tertium in sacciperio, cum condidissent, compito vicinali solebant resignare*. La donna che avea contratto matrimonio in questa forma, passava nella potestà e famiglia del marito o nella potestà e famiglia di quello cui era soggetto il marito medesimo. Costumava in questa sorta di matrimonio una interrogazione reciproca de' due futuri coniugi. Imperciocchè lo sposo domandava alla sposa se ella acconsentiva di voler esser madre di famiglia, ed ella viceversa domandava a lui se voleva

essere per lei padre di famiglia. Se tanto l' uno che l' altro rispondevano affermativamente, la donna diventava madre di famiglia, e, come dice Gellio, non solo passava nella potestà del marito, ma eziandio nella sua famiglia e in luogo di suo erede.

VI. La confarrazione consisteva in solenne cerimonia religiosa, nella quale gli sposi mangiavano insieme dello stesso farro. Questa maniera di matrimonio era propria de' soli Pontefici, ed aveva gli stessi effetti del matrimonio fatto per coemzione.

VII. Il matrimonio per uso era quando la donna, mediante il consenso de' suoi tutori, veniva data in matrimonio ad alcuno, col quale ella usava come marito legittimo. Se tale uso mai non fosse stato interrotto per lo spazio di un anno, ella si riteneva come usucatta. Perilchè appare che nell' antichità era ammessa l' usucapione anche nelle donne. Quest' uso però poteva essere interrotto, nel qual caso l' usucapione non aveva più forza: bastava a tal' uopo che la donna fosse stata assente dalla casa del marito per lo spazio di tre notti. Rotta l' usucapione, ella rientrava nella potestà de' suoi tutori; in caso diverso rimaneva al marito, e soleva chiamarsi uxor o moglie o, secondo altri, matrona. Ella però, a differenza dell' altre, non passava nella potestà maritale, e non succedeva come suo erede al marito morto senza testamento.

VIII. Da queste differenti maniere di solennità derivarono i nomi di madre di famiglia e di moglie, de' quali, come vedremo a suo luogo, erano parimenti differenti gli effetti. Il matrimonio per confarrazione andò in disuso negli ultimi tempi della repubblica (86) e i modi di ridurre la moglie nella potestà e famiglia del marito cominciarono a decadere tra il finire della repubblica e i primi tempi dell' Impero. Quindi unico modo per contrarre le nozze rimase il consenso. Non esiste però legge alcuna nè sotto la repubblica, nè sotto gl' Imperatori Pagani o Cristiani, la quale assoggetti questo consenso ad alcuna solennità essenziale di forme. Laonde, come osserva il Forti, (87) esso poteva essere prestato senza scrittura e senza l' intervento di alcun pubblico ufficiale. E sebbene ai tempi di Giustiniano costumasse di far costare del consenso, mediante pubblico istromento, nulladimeno non era questa una solennità legale; ma solo una cautela. La Chiesa però affine di accrescere la santità del matrimonio, e per distinguere il concubinato dalle giuste nozze, introdusse alcune forme, le quali pertanto non si resero essenziali, che dopo il Concilio di Trento (88).

(86) Brissonio, de rit. nupt. p. 1016.

(87) Inst. civil. lib. 2. cap. 5. sez. 1. §. 1.

(88) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 1. tit. della pot. pat.

§. Justas autem.

SOMMARIO

I. *Differenza del diritto civile, e canonico sulla pubertà.*
II. *Disposizioni delle leggi civili sopra il consenso del padre nel matrimonio.*
III. *Deroga de' sacri canoni.*
IV. *Legislazione estera.*

I. Gravissime furono le controversie de' Giureconsulti e de' Medici per determinare l' epoca in cui l' uomo e la donna dovessero ritenersi capaci al matrimonio. I Sabiniani non fissarono alcuna regola certa, volendo che se ne giudicasse dai segni di potenza che sogliono manifestarsi in ogni individuo. I Proculeiani all' opposto vollero che la legge stabilisse preventivamente l' età in cui cominciava la potestà al matrimonio tanto ne' maschi che nelle femmine. Giustiniano, aderendo a quest' ultima sentenza, prescrisse doversi ritenere abili al matrimonio i maschi di quattordici anni e le femmine di dodici (89). Queste opinioni differenti furono entrambe abbracciate. Si accostarono a quella de' Proculeiani quasi tutte le odierne legislazioni, le quali hanno al matrimonio fissata un' età precisa, e, secondo la differenza de' climi, si sono fermate tra i quattordici ai diciotto anni pe' maschi, e tra dodici a sedici per le femmine (90). Tennero quella de' Sabiniani i Canonisti (91).

II. Dobbiamo inoltre osservare che le leggi romane esigevano nel matrimonio non solo il consenso de' contraenti, ma eziandio quello di coloro cui erano soggetti i contraenti medesimi. Mancando il consenso del padre o dell' avo, il matrimonio era nullo. I nomi di nozze, di marito, di moglie e di dote non erano che nomi vuoti di significato e senza effetto. Il figlio era obbligato a prendere quella moglie che il padre gli avesse profferto, e la figlia poteva essere collocata a suo arbitrio senza che ella potesse ricusare o contraddire, salvo se le fosse stato profferto marito indegno e di turpi costumi (92). Del resto, il figlio emancipato poteva incontrare le nozze indipendentemente dal consenso pa-

(89) Bynker, obs. jur. Rom. 3. 14.
(90) Cod. Civ. Franc. art. 144. Cod. Austr. art. 48. Cod. delle due Sicilie art. 152.
(91) D. Thomas suppl. 3. par. summ. quaest. 58. art. 3. Lancellot Inst. lib. 3. tit. 11. §. 2. 3. Reiffenst. in lib. 4. X. tit. 3. N. 9. c. puberes. 3. de Cland. despons.
(92) L. 22. ff. de rit. nupt. Vinnio, in princip. n. 4. Inst. de nupt.

terno (93), ma la figlia emancipata, atteso la fragilità del sesso, non poteva contrarre le nozze senza il consenso paterno prima di essere pervenuta all' età di 25 anni (94). Nulladimeno la pratica, universale di quasi tutte le nazioni di Europa, derogando a' principii del diritto romano, dichiarò valido il matrimonio contratto dalla figlia tanto emancipata, che soggetta alla potestà paterna, qualora ella avesse passata l' età prescritta dalle leggi particolari del luogo (95):

III. La Chiesa per qualche tempo osservò anch' ella questi principii (96) finchè non sopravenne la disposizione del concilio di Trento (97). Il decreto di questo concilio fulminò di scomunica tutti quelli che s' avvisassero essere irrite o nulle le nozze contratte senza il consenso de' genitori. Quindi, abolita la disposizione delle leggi romane, i padri oggigiorno non possono ratificare nè rendere irrite le nozze contratte da' figli senza loro consenso, qualora sieno state contratte secondo le solennità prescritte dalla Chiesa (98). Nello stato Pontificio, in cui prima legge è il diritto canonico, il matrimonio fatto contro la disposizione del Concilio Tridentino è nullo ipso jure: i matrimonii fatti per sorpresa, ossia clandestini, sono soggetti a pene correzionali (99). In Toscana, nella Lombardia, nel Piemonte e presso altri principati Italiani e stranieri il Concilio di Trento è adottato (100). Il codice di Francia (101), sostituendo il Maire al parroco intorno alla forma sostanziale del matrimonio ha imitato le forme del Concilio di Trento. Tocco di passaggio che in Germania sono delle parrocchie nelle quali il decreto del Concilio è pubblicato, e di quelle, nelle quali non è pubblicato. Chi per frodare le disposizioni del Concilio si reca a contrarre matrimonio ove il Concilio non è pubblicato, contrae nullamente (102),

(93) Hic et l. 25 ff. de rit. nupt.

(94) L. 18. l. 20. Cod. de rit. nupt.

(95) Veggansi le nostre osservazioni alle quistioni scelte dal Vinnio, libro 2. cap. 14. not. 2. pag. 183.

(96) Concil. Aurel. 4. Anno 541 Can. 4. Benedetto XIV. Synod. Dioces. lib. IX. cap. 10 §. 2. Boemer. jus. Can. univ. lib. 4. tit. 2. §. 2. 3.

(97) Sez. 24. de reformat. cap. 1.

(98) d. Sez. 24.

(99) Benedetto XIV. Synod. Dioces. lib. 13. cap. 23. §. 1. 11.

(100) Forti, Inst. civil. lib. 2. cap. 5. Sez. 2. §. 3. e seg. Cod. Austr. lib. 1. tit. 2. Cod. Albert. art. 108.

(101) Lib. 1. tit. 5.

(102) Benedetto XIV. Op. cit.

IV. Giova pertanto avvertire che sebbene per diritto romano qualunque età de' figli non li esimesse dal ricercare il consenso paterno (103) nulladimeno questa disposizione venne in parte abrogata anche in quelle nazioni nelle quali il consenso paterno è necessario. Secondo le leggi vigenti in Lombardia non può contrarre il matrimonio senza il consenso del padre legittimo il minore ed anche il maggiore di età incapace ad obbligarsi (104.) Il matrimonio contratto di propria autorità da un minorenne o da persona soggetta a un tutore o curatore, si può impugnare di nullità dal padre, tutore o curatore, solo finchè dura la patria potestà, tutela o cura (105). Negli stati Sardi il consenso degli ascendenti, qualora vi siano, è necessario in qualunque età de' figli (106). Nulladimeno la mancanza di tale consenso non rende nullo il matrimonio: i maschi però non possono in tal caso costringere l' ascendente a prestazione maggiore degli alimenti necessari, salvo bensì a suo tempo il diritto alla legittima sull' eredità dello stesso ascendente: e le femmine non hanno diritto che alla prestazione degli alimenti meramente necessari, ove i loro mariti non sieno in grado di mantenerle, salvo le ragioni sulla legittima e sulla dote dopo la morte dell' ascendente medesimo. Tanto i maschi che le femmine possono essere privati della *legittima* e della dote, qualora i primi contraggano matrimonio senza il consenso o ad insaputa di lui, prima degli anni 30 compiti e le seconde prima degli anni venticinque (107). Secondo le odierne leggi Francesi non si può da' figli contrarre matrimonio senza il consenso del padre e della madre, finchè i maschi non sono giunti all' età di 25 anni compiti, e le femmine sino agli anni 21 (108). Dopo quest' età sino a trent'anni, il consenso non è prescritto, ma le leggi obbligano i figli a chiedere a' loro ascendenti con atto rispettoso e formale il consiglio (109). Mancando il consenso degli ascendenti o di quelli in cui risiede la potestà patria, il matrimonio è nullo (110).

(103) L. 2. L. 16. §. 1. L. 34. ff. de rit. nupt. l. 2. l. 5. Cod. de nupt.
(104) Cod. civ. Austr. Art. 49. 153. 245.
(105) Art. 96.
(106) Cod. Albert. art. 109.
(107) Cod. Albert. art. 109 110.
(108) Cod. Civ. Franc. art. 148.
(109) Art. 151, 152.
(110) Art. 182.

§. Ergo, e seg.

SOMMARIO

Concordanza delle leggi civili e canoniche sull' impedimento di cognazione.

Una legge degli Ateniesi permetteva di sposare la propria sorella consanguinea (111). In Lacedemone all' opposto era permesso di prendere la sorella uterina (112). In Alessandria era legge generale di potere condurre in moglie la sorella propria (113). Queste leggi però erano l' effetto di un governo repubblicano, il cui spirito era di non porre sopra la stessa testa due eredità; esse miravano a conservare l' uguaglianza; ma erano totalmente contrarie al pudore naturale che non poteano a meno di far odiare i mezzi, con cui si procurava di mantenerle. I legislatori più saggi, guidati solo dal lume della ragione naturale, si astennero da così fatta nequizia e la proibirono. E meritano per certo lode i romani, i quali, conoscendo nell' adozione una certa qual specie di cognazione, proibirono le nozze anche fra quelli che per tal mezzo diventavano consanguinei fra loro. La Chiesa Cattolica ha sanzionati questi principii: essi formano legge fra noi, (114) in Toscana, in Piemonte e in altri stati Italiani, e si leggono espressamente stabiliti nel codice Francese (115). È dubbio se la proibizione delle leggi canoniche risguardi soltanto l' arrogazione, ovvero se si debba estendere anche all' adozione. Il Reiffenstuell (116) è di parere che ella abbracci tutte due. Benedetto XIV. (117) assicura che la quistione pende indecisa nella congregazione del Concillo. Il Maschat (118) dimostra solidamente che l' impedimento deriva solo dall' arrogazione e non dall' adozione.

(111) Cornel. Nep. prefat.
(112) Filon. de special. leg. quae pert. ad praec. dec.
(113) Senec. de morte Claud.
(114) C. ita c. post susceptum, et c. seq. quest. 3. c. unic. de cognat. legal.
(115) Art. 348.
(116) In lib. 4. X. tit. 11. in fin.
(117) Cap. X. 4. 5.
(118) Lib. 4. Inst. Can. cap. 12. §. 2.

§. Fratris: 3.

SOMMARIO

Continuazione della materia esposta nel paragrafo precedente.

A' tempi degli antichi romani non eravi legge alcuna, la quale proibisse le nozze con la figlia del fratello. Siccome però queste nozze sembrano in certo qual modo ripugnanti a' principii del pudore naturale, così venivano da' costumi riputate come incestuose (119). La storia ci fa conoscere che gl' Imperatori più scellerati non osarono formare una legge che le sanzionasse. Claudio sposò a moglie Agrippina, figlia di Germanico suo fratello; ma egli non ardì far uso del suo arbitrio, e volle riportarne la dispensa dal senato, il quale vinto da segreti maneggi dell' Imperatore, stabilì fosse permesso in avvenire il maritarsi con le persone, l' unione delle quali era stata fino a quel tempo considerata come incestuosa, cioè con le nepoti. Suetonio (120) e Tacito (121) osservano che il decreto di questo senato non venne osservato che da pochi adulatori del Sovrano, e Nerva l' abolì espressamente; ma l' Impero di Nerva fu brevissimo, e, lui morto, l' editto di Claudio tornò in vigore. Antonino Pio dette in moglie la propria figlia al fratello, il che fece anche Tito (122). Del resto è comune opinione che la forza di questo editto cominciasse a decadere nei tempi della media giurisprudenza, e finalmente venne dagli Imperatori Diocleziano e Massimiano abolito (123). La Chiesa estendendo l' impedimento sino al quarto grado inclusivo di sua computazione, proibisce anch' ella siffatte congiunzioni, nulladimeno il sommo Pontefice può accordarne la dispensa (124). La stessa proibizione si legge in alcuni codici odierni (125) salva al governo la licenza di dispensarla (126).

(119) L. sororis. 39 §. 1. l. etiamsi 56. de rit. nupt.
(120) In Claud. cap. 26.
(121) 12. Annal. cap. 5. et seq.
(122) Sueton in Domitian. cap. 22.
(123) L. nemini 17. Cod. de rit. nupt.
(124) Reiffen in lib. 4. Decret. lib. 14. in fine.
(125) Cod. civ. Fran. art. 163. Cod. civ. Austr. art. 65.
(126) Cod. civ. Fran. art. 164. Cod. civ. Austr. lib. 1. tit. 2. cap. 3.

§. Duorum, 4.

SOMMARIO

I. *Differenza del diritto civile e canonico sulla computazione de' gradi.*

II. *Differenza dell' uno e l' altro diritto sulla proibizione dei medesimi.*

I. La differenza del diritto canonico sulla computazione de' gradi è nota abbastanza, e noi l' avremmo di buon grado pretermessa se non fosse pregio dell' opera il riferire tutto quello che risguarda la correzione delle leggi civili. I Romani nella serie de' collaterali conoscono tanti gradi quante sono le persone, meno lo stipite; e perciò computano la generazione di entrambi i lati. I Canonisti all' opposto contano la generazione solo da un lato, e riguardano come una generazione sola due fratelli. Quindi i fratelli nella computazione civile sono l' uno dall' altro distante due gradi: nella computazione canonica uno solo. Se il numero delle persone contenute ne' due lati è disuguale, il diritto civile le comprende tutte: il diritto canonico conta quelle del lato più lungo. D' onde lo zio rispetto al nepote, secondo la computazione civile è in terzo grado; quanto alla computazione canonica è in secondo. Nello stato Pontificio, in Toscana e in altri principati Italiani nella materia delle nozze è osservata la computazione canonica.

II. Il diritto romano nella medesima linea proibisce le nozze solo nel secondo grado, e quindi i figli de' fratelli possono fra loro contrarre il matrimonio. Il diritto canonico attualmente estende la proibizione sino al quarto grado inclusivo di sua computazione, e perciò quelle de' cugini carnali sono vietate. Del resto, siccome tale impedimento non deriva da diritto naturale nè divino, ma solo dall' Ecclesiastico, il Sommo Pontefice può dispensarlo (127). Il codice Austriaco estende l' impedimento sino a' primi cugini (128). Quello di Francia concorda col diritto civile de' romani (129).

(127) Reiffen in lib. IV. Decret. tit. 14. n. 31.
(128) Cod. civ. Austr. art. 65.
(129) Cod. civ. Franc. art. 162. 163.

§. Item amitam, 5.

SOMMARIO

Proibizione delle leggi romane sulle nozze di quelli che tra essi tengono luogo di ascendenti e discendenti = Diritto canonico.

Quanto alla linea de' collaterali le leggi romane nella proibizione delle nozze furono più severe riguardo a quelle persone che hanno fra loro una certa qual somiglianza di ascendenti e discendenti, che verso gli altri: esse proibirono le nozze colla sorella dell' avolo ed anche colla sorella dell' avola, quantunque elle non fossero congiunte che per sola adozione: permisero all' opposto le nozze fra due fratelli cugini carnali quantunque abitassero nello stesso tetto e fossero nella potestà dello stesso avo (130). Ma le leggi Ecclesiastiche, colle quali in questa materia oggigiorno viviamo, non fanno alcuna distinzione fra' consanguinei posti nella linea de' collaterali, e pongono fra essi indistintamente la proibizione sino al quarto grado (131).

§. Adfinitatis, 6. e seg.

SOMMARIO

I. *Disposizione delle leggi romane sopra l' affinità.*
II. *Correzione delle leggi canoniche.*

I. Dal tenore di questi due paragrafi provasi all' evidenza che presso i romani il vincolo dell' affinità si sciogliesse colla morte di uno dei due coniugi, specialmente se dal matrimonio non fosse nato alcun figlio. La qual cosa ci dimostra anche meglio Marco Tullio (132) e Valerio Massimo, (133) i quali, senza farne alcun caso, narrano che Metello, morta la sua donna Cecilia, menò in moglie la figlia della sorella di lei; e Plutarco riferisce che Crasso, sopranominato il dovizioso, sposò la vedova del suo fratello defunto, ned' egli il racconta come se questo fosse un fatto inaudito o fuor di costume. Siccome l' affinità

(130) L. 3. ff. de rit. nupt.
(131) Richer univ. civ. et crim. jur. lib. I. tit. 9. §. 748.
(132) Lib. 1. de divin.
(133) Lib. 1. cap. 5.

si contrae colle nozze, così forse i romani si avvisarono che sciolte le nozze, l' affinità terminasse. E sebbene e' proibissero le nozze nella linea retta, nulladimeno la proibizione non derivava da impedimento nato per l' affinità, ma solo per la riverenza nata fra quelle persone che si tennero scambievolmente luogo di ascendenti o discendenti (134).

II. Il diritto canonico però, seguendo diversi principii, ritiene l' impedimento nato per l' affinità anche sciolto il matrimonio (135. La qual disposizione è, senza dubbio, giustissima; imperciocchè l' affinità ritiene propriamente l' immagine della cognazione, e siccome per la morte di quello che dette causa alla cognazione, la cognazione non cessa, così non può neppure cessare l' affinità medesima.

§. Si uxor, 9.

SOMMARIO

I. *Esposizione del testo*

II. *Correzione delle leggi canoniche.*

III. *Distinzione del diritto canonico sopra gli sponsali ignota agli antichi.*

I. Giustiniano propone in questo paragrafo il caso, nel quale una moglie, fatto divorzio e passata ad altre nozze, abbia dal secondo marito avuta una figlia. L' Imperatore dice che sebbene questa figlia non diventi figliastra al primo marito, nulladimeno il primo marito non può menarla in moglie. Il che egli prova coll' esempio tratto dalla sposa del figlio e da quella del padre. Imperciocchè sebbene la prima non sia propriamente nuora, nè la seconda matrigna, ciò non ostante le leggi vietano la loro congiunzione.

II. Non questo è il luogo, in cui venga in acconcio parlare dei divorzi: basta accennare che la Chiesa Cattolica romana ritenne l' assoluta indissolubilità del matrimonio anche ne' tempi meno illuminati, e che dopo il Concilio di Trento non si è mai parlato di cause di divorzio, in tutti gli stati Cattolici. Quindi il caso da Giustiniano proposto nel presente paragrafo non può aver luogo in tutte quelle nazioni dov' è abbracciata la vera religione di Cristo.

(134) Arg. hic. et §. seq. Vinn. hic n. 7. Einec. ibid. in not. Reinold. var. cap. 24. p. 196. e seq. Arg. l. 2. Cod. Theodos. de incest. nupt.

(135) C. 1. c. non debet 8, extr. de cons. ed ad fin. c. 1. caus. 30 quest. 10.

III. La distinzione de' sponsali de presenti e de futuro non era nota agli antichi Romani; nulladimeno anche essi conobbero quanto fosse indecente il prendere in moglie donna già fidanzata a proprio consanguineo, e quindi per pubblica onestà proibirono le nozze tra la sposa del figlio col padre e tra la sposa del padre col figlio. La Chiesa romana, seguendo questi saggi principii, pose anticamente l' impedimento di pubblica onestà ne' sponsali de futuro tra lo sposo e i consanguinei della sposa, e viceversa fra la sposa e i consanguinei dello sposo, sino al quarto grado di computazione canonica (136). Ma il Concilio di Trento, derogando alla disposizione dell' antico diritto, limitò l' impedimento solo al primo grado (137).

§. Illud, 10.

SOMMARIO

Cognazione servile oggigiorno abolita.

Il matrimonio era proprio de' cittadini romani; i servi n' erano esclusi, e la loro unione chiamavasi contubernio. Ma siccome nelle congiunzioni si dee sempre aver riguardo al pudore e alle leggi di natura, così la congiunzione del sangue non solamente impediva il matrimonio fra' cittadini romani, ma eziandio il contubernio fra' servi, durante la servitù e anche dopo la manomissione. Per diritto canonico però il matrimonio ha luogo anche fra' servi (138). Del resto, abolita la servitù, e regolata la materia delle nozze dal diritto Pontificio, questo paragrafo oggigiorno è superfluo.

§. Si adversus, 12.

SOMMARIO

Concordanza fra il diritto civile e canonico.

Concorda il diritto canonico (139). Del resto, per diritto Pontificio la buona fede de' coniugi, o almeno di uno di essi, fa considerare come legittimi i figli nati da matrimonio invalido (140).

(136) Sanchez, de matr. lib. 7. disp. 68 n. 9.
(137) C. 3. sect. 24 de refor. matr. Reiffen. in lib. 4. Decret. tit. 4. n. 13.
(138) C. 1. X. de conjug. serv.
(139) C. cum inhibitio: 3. de cland. desponsat.
(140) Barbos. in c. ex tenore 14. qui filii sint legittimi n. 2. Reiffen. in lib. IV. Decret. tit. 17. N. 4.

§. Aliquando, ult.

SOMMARIO

I. *Dei modi di legittimare.*
II. *Modo di legittimare per ascrizione alla curia abolito.*
III. *Legittimazione per susseguente matrimonio corretta.*

I. La natura accorda a' padri lo stesso diritto sopra i figli legittimi che sopra gl' illegittimi; ma le leggi civili non riconoscono altro padre, se non quegli, che per tale viene dimostrato da legittime nozze. Nulladimeno essendo pubblico interesse che la società non venga macchiata da prole illegittima, o intendendo i legislatori a favorire la prole cui non può ascriversi colpa alcuna, furono sollecite le leggi nel favorire al possibile ogni modo di togliere la macchia de' natali e ridurre in famiglia i figli illegittimi. Due sono i modi di legittimare da Giustiniano in questo paragrafo numerati cioè per l' ascrizione alla curia e pel susseguente matrimonio, de' quali il primo è fuori d' uso, l' altro è corretto. Il terzo, per rescritto di Principe, trovasi nelle novelle e in quasi tutti i moderni codici. (141).

II. La Curia in Roma e in Costantinopoli altro non era che il senato; nelle provincie era quel ceto di cittadini più distinto che ora si chiama consiglio. L' officio de' curiali o decurioni era gravissimo, spendiosissimo, e però tutti procuravano evitarlo. Rimanevano per tal modo le provincie e le colonie prive de' ministri. Teodosio, volendo riparare a tale inconveniente, stimò d' invitare i cittadini alle cariche, offerendo la legittimità a quelli che accettate le avessero. Ma caduto l' Impero e mutata la forma del governo, questa maniera di legittimare fu abolita presso tutte le nazioni d' Europa (142). Alcuni si avvisarono che in luogo della legittimazione per l' ascrizione nel ruolo della curia sia succeduta la legittimazione per l' ingresso in religione. Tralascio di osservare se fra l' una e l' altra siavi la debita proporzione. Certo è pertanto che non tutti gli ordini religiosi ammettono i figli illegittimi, o, ammessi, non acquistano grado di legittimità uguale a' veri figli legittimi (143).

(141) Cod. civ. Austr. art. 162. Cod. Albert. art. 171.
(142) Vinn. hic. n. 4. Richer. univ. et crim. jur. lib. 1. tit. 10. §. 1275.
(143) Ruota Decis. 480. n. 2. part. 18. tom. 2. recent.

III. La legittimazione per susseguente matrimonio viene attribuita a Costantino, e prevale alla legittimazione per rescritto di Principe (144). Del resto, Giustiniano esige espressamente che in questa maniera di legittimare debba intervenire la confezione degl' istromenti dotali. La ragione è perchè, essendo stato tra il padre e la madre illecito commercio, si possa in appresso con questo mezzo conoscere che la madre è moglie, non concubina; il che non si potrebbe forse distinguere se il matrimonio si formasse col solo consenso. (145). Ma siccome la Chiesa ha dato una forma al matrimonio, e per essa necessariamente si distingue la moglie dalla concubina, così per diritto canonico e negli odierni costumi la formalità degli istromenti dotali non è più necessaria (146).

(144) Donell. comm. jur. civ. lib. 2. cap. 21.
(145) Novella 89. cap. 11.
(146) C. tanta, 6. qui filii sint legittimi. Schmalz. in lib. IV. Decret. p. 4. tit. 17. §. 2. N. 78.

TITOLO XI.

DELLE ADOZIONI

SOMMARIO

I. *Origine delle adozioni.*
II. *Frequenza di esse presso i Romani = Punizione del celibato.*
III. *Utile delle arrogazioni negli stati Democratici.*
IV. *Prerogative della potestà patria.*
V. *Uso delle adozioni negli odierni costumi.*
VI. *Affigliazioni.*

I. L' origine delle adozioni è antichissima. Molti onorano dell' invenzione i Romani, altri i Greci: l' ultima opinione potrebbe parere più ragionevole, essendo certo che i Romani attinsero da' Greci la coltivazione delle lettere e quasi tutta la vita civile. Nulladimèno tanto l' una che l' altra opinione è falsa evidentemente. E in fatti le storie e specialmente la sacra scrittura ci fa toccar con mano che l' uso delle adozioni molto tempo innanzi era noto agli Assiri, agli Egizi ed agli Ebrei (147). La figlia di Faraone adottò Mosè, e Giacobbe i figli di Giuseppe e di Manasse. Lo spirito di fanatismo per la legislazione di Giustiniano trasse a credere anche i più eruditi essere invenzione de' romani tutto quello che in essa trovasi scritto. Perdonare agli errori è cosa savissima, ma se gli errori tornano in altrui detrimento è cosa molto stravagante. Lo spirito di volere attribuire il merito dell' invenzione a tutti fuorchè a' propri autori è stata sempre un amania, e noi ne abbiamo degli esempi parecchi.

II. Lasciando però da parte siffatta disquisizione, io, per me, non pendo in forse che l' uso delle adozioni fosse più frequente presso i Romani che presso gli altri popoli. Lo spirito delle leggi, la forma del governo e le prerogative de' cittadini concorrevano a favorirle. Una Città dedita alle guerre e alle conquiste avea mestieri di braccia che la sostenessero; e le antiche leggi a tutto potere intendevano a determinare i cittadini al matrimonio. Il celibato era ignominioso, il popolo e il senato facea sopra questa materia frequentissimi regolamenti, dando premj a quelli che avevano di figli molti, ed escludendo dagli onori

(147) Joseph. 1. antiq. 15. Beros. l. 5. de florat. Diod. Sicul. 4. Biblioth. Div. August. lib. 3. in Faust.

quelli che n' erano privi (148). Quindi venivano riputati incapaci di onori e di offici non solo quelli che si astenevano dall' ammogliarsi, ma eziandio quelli che per sterilità propria o per quella della moglie erano mancanti di prole. L' uso di questa finzione, la quale imita la natura, riparava a questo difetto, accordando agli arrogati le prerogative e l' utile di tutta l' agnazione dell' arrogatore.

III. In una forma di governo, in cui il potere sovrano risiede nel popolo, la moltitudine delle persone in una medesima famiglia è assai più utile che in un governo aristocratico o monarchico. Quando gli affari della repubblica si trattavano ne' comizi era di sommo interesse l' acquistare maggior potenza per mezzo delle aderenze e de' suffragi. Quanti più erano uniti insieme gli affari privati, si poteva ottenere maggior favore ne' pubblici: l'arrogazione, collegando più persone alla stessa agnazione, veniva in acconcio per secondare queste vedute.

IV. Finalmente non era di lieve momento presso gli antichi, per favorire l' uso delle arrogazioni, il potere illimitato de' padri sopra i figli. L' arrogato con questo mezzo metteva sè e la propria famiglia sotto la potestà dell' arrogatore, ed acquistava tutto per lui, salvo, se l' avesse, il peculio castrense. Era quindi cosa utile l' avere de' figli di *famiglia*, ma quest' utile venne in gran parte tolto dalle leggi di Giustiniano, il quale accordando ai figli di famiglia la proprietà e il dominio del peculio avventizio, distrusse in gran parte gli effetti dell' antica potestà patria.

V. Oggigiorno però si vive con principii diversi. Il celibato, lungi dal togliere gli onori è più presto requisito per ottenerli; gli affari della repubblica non si trattano dal popolo, ma dal principe, e la potestà de' padri non è più quella de' Quiriti. Diviso l' Impero da Costantino e invasa l' Italia e quasi tutta l' Europa occidentale dalle armi dei Goti, degli Unni, de' Vandali, de' Longobardi e di altre nazioni straniere, sotto il cui dominio vissero lunga pezza i popoli soggiogati, sparvero quasi al tutto le prerogative dell' agnazione, per la quale fu da' Romani precipuamente adottata l' arrogazione. Furono introdotti in favore delle famiglie nuovi privilegi, in allora incogniti, come i maggioraschi, le primogeniture, i giuspatronati, i fidecommissi agnatizi e le enfiteusi famigliari, ne' quali gli adottati e gli arrogati non vengono ammessi in pregiudizio dell' agnazione naturale (149). Epperò cessando le

(148) Montesq. spirit. delle leggi: lib. 23. cap. 21.
(149) Car. de Luc. de praemin. disc. 13. et de fideic. disc. 53.

ragioni che favorivano le arrogazioni e le adozioni, l'uso di esse cominciò a diventar rarissimo non solo presso noi (150) ma presso tutte le nazioni di Europa (151).

VI. In luogo delle adozioni paiono più frequenti negli odierni costumi le affigliazioni volgarmente dette, fatte de' bastardi o projetti esposti in qualche spedale. Esse vengono effettuate mediante pubblico istromento, col quale l' estraneo promette di lasciare erede il fanciullo. Nulladimeno questa promessa non fa acquistare al projetto i diritti di figlio adottivo, nè può pretendere l' eredità, specialmete ab intestato.

§. Adoptio, 1.

SOMMARIO

Se negli odierni costumi si possa ammettere un procuratore a rappresentare l' adottante o l' adottato.

L' adozione è di due sorta : la prima chiamasi arrogazione ; la seconda in ispecie adozione. La differenza de' nomi derivò dalle differenti forme usate dagli antichi nell' adottare ed arrogare. Si adottavano propriamente i figli soggetti all' altrui potestà, si arrogavano quelli ch' erano di propria ragione. L' adozione, a' tempi della repubblica, si facea per mezzo di tre vendite simboliche, per le quali si fingeva che il padre naturale vendesse all' adottante il proprio figlio. Le vendite si dovevano eseguire in uno stesso contesto alla presenza del pretore (152). L' arrogazione all' opposto si faceva ne' comizi coll' intervento del Pontefice Massimo, (153) imperciocchè, secondo i principii del diritto pubblico, non si potesse decidere dello stato di un cittadino Romano, se non per legge rogata. È chiaro che in ambedue queste forme tanto l' adottante che l' adottato, quanto l' arrogatore che l' arrogato, doveano comparire personalmente. Caduti però dall' uso tutti e due questi riti, fu stimato doversi conservare la stessa massima, quantunque l' adozione

(150) Card. de Luc. de legittim. in summ. N. 11.

(151) Tobon. elem. jur. civ. tit. de adopt. in fin. Voet, comm. ad Pand. lib. 1. tit. 7. N. 7. Vinnio, Inst. lib. 1. tit. 11. n. 2. Grozio, Introd. lib. 1. p. 6. §. de groot. in fin. Cristin. vol. 4. Decis. 185. N. 4. 5. Fons pract. de cours, de France hic.

(152) Cuiacc. ad Cod. lib. 8. tit. 47.

(153) Gellio lib. 5. cap. 19.

si facesse per atti de' magistrati ordinari, (154) e l' arrogazione per rescritto di Principe (155). Gli odierni codici d' Italia si sono la maggior parte uniformati alla legislazione di Giustiniano (156). Del resto, siccome questa massima dipende totalmente dalle forme dell' arrogazione che si praticavano presso i Romani, così applaudo all' opinione del Forti, (157) il quale s' avvisa che negli odierni costumi si possa ammettere un procuratore munito di mandato speciale a rappresentare l' adottante o l' adottato. Una decisione della Corte di Bruxelles del 22 Aprile 1807, fu dello stesso sentimento.

§. Sed hodie, 2.

SOMMARIO

I. *Quistioni sopra la legittima spettante agli adottati in pratica rarissime.*

II. *Legislazione estera.*

I. Prima di Giustiniano la semplice adozione produceva quasi gli stessi effetti dell' arrogazione, e quindi l' adottato passava indistintamente nella paterna potestà dell' adottante. Giustiniano però, vedendo che questa massima produceva qualche incomodo, divisò che l'adottato non passasse nella potestà dell' adottante, se non nel caso che l' adottante fosse avo paterno o materno; e che negli altri casi l' adottato restasse nella potestà del padre naturale. Queste due specie di adozioni vengono da giureconsulti distinte co' nomi di piena o perfetta e di meno piena o imperfetta. È perfetta, quando l' adozione viene fatta dall' ascendente; è imperfetta, quando vien fatta da un estraneo. Questi non ha alcun diritto di successione; quegli ha diritto di successione, e preterito può impugnare il testamento (158). Del resto, siccome l' uso delle adozioni oggigiorno è quasi abolito, nè suole avere la forma dell' antica pratica, così sono in foro rarissime le quistioni circa la legittima spettante agli adottivi, per modo, che elle sembrano rimaste un semplice esercizio accademico (159).

(154) Vinn. Inst. lib. 7. tit. 11. §. 1. N. 2.
(155) L. 21. l. 30. ff. de adopt.
(156) Cod. Albert. art. 202. Cod. Napol. art. 353.
(157) Inst. civ. lib. 2. cap. 6. sez. 2.
(158) Ruota, decis. 360. N. 21. p. 5. rec. Decis. 309. N. 3. p. 11. eod.
(159) Card. de Luc. de legittim. in summ. N. 11.

II. Negli odierni codici Italiani la distinzione delle adozioni in perfette e imperfette non è conosciuta. Secondo il codice Austriaco sussistono fra l'adottante e l'adottato e suoi discendenti uguali diritti come fra' genitori e figli legittimi. Il padre adottante assume la patria potestà, ma il figlio adottivo non perde i diritti della propria famiglia (160). Negli Stati Sardi i figli adottivi, come pure i loro discendenti, succedono all'adottante, non però a congiunti di esso, in concorso anche de' figli legittimi nati o legittimati dopo l'adozione e dei loro discendenti (161). La stessa disposizione è vigente nel Ducato di Parma (162). Nelle due Sicilie l'adottato ha sull'eredità dell'adottante gli stessi diritti di figlio legittimo (163). In Toscana è vigente la disposizione del diritto Giustinianeo (164). Secondo il codice di Francia il figlio adottivo ha sulla successione dell'adottante gli stessi diritti dei figli nati in matrimonio, anche quando vi siano altri figli di quest'ultima qualità, nati dopo l'adozione (165).

§. Sed et si quis; 7.

SOMMARIO

Potestà dell' avo sopra il Nepote = Se possa darlo in adozione senza il consenso del figlio.

Siccome il nipote, secondo le disposizioni delle leggi romane, era in potestà dell'avo e non del padre, così l'avo, facendo uso del suo potere, avea licenza di dare in adozione il nepote, quantunque il padre fosse contrario (166). Questa legge sa veramente del barbarismo degli antichi tempi, e mentre sorregge a più potere i diritti della potestà patria, ripugna apertamente al diritto naturale. Ma non è mirabile trovarla scritta in una legge che teneva i figli in concetto di bestie. Presso noi, come presso tutte le nazioni di Europa, il matrimonio per lo più libera il figlio dalla potestà patria; e quindi, rimanendo il nepote in potestà del padre e non dell'avo, questo caso non può essere che ra-

(160) Cod. civ. Austr. art. 183.
(161) Cod. Albert. art. 199.
(162) Cod. Parmens art. 840.
(163) Cod. delle D. S. art. 274.
(164) Forti, Inst. civ. lib. 2. cap. 6. sez. 4.
(165) Cod. civ. Franc. art. 350.
(166) Vinnio, hic.

rissimo (167). Ma quantunque il matrimonio non riunisse insieme tutti gli altri requisiti necessari per sciogliere la potestà paterna, sarei d' avviso che una disposizione di questa fatta non potrebbe in pratica aver luogo, senza far onta alla presente mansuetudine di costumi.

§. Sed et illud, 9.

SOMMARIO

I. *De' spadoni e de' castrati.*
II. *Finzione dell' adozione in pratica non sempre osservata.*

I. L' adozione imita la natura, e perciò gli antichi stimarono, non potessero adottare quelli che non possono generare. Giustiniano concesse la facoltà di poter adottare a' spadoni, e la negò a' castrati, perchè il difetto de' primi è temporaneo, quello de' secondi perpetuo. Leone concesse questa licenza anche agli ultimi (168).

II. Presso noi la sottigliezza di tale finzione venne spesso derogata e forse non immeritevolmente, dacchè le adozioni furono precipuamente introdotte per soddisfare il desiderio di quelli che non possono aver figli. Nella qual condizione si trovano per certo gli Ecclesiastici, cui nondimeno fu permesso di aver figli adottivi (169). Benedetto II. adottò i figli di Costantino IV. Imperatore Greco, e Giovanni VIII. adottò Bosone il Principe (170). Benedetto XIII. concesse la facoltà di potere adottare un figlio nato di sorella a un prete di Volterra (171). Negli stati ereditari Tedeschi, in Lombardia, in Piemonte, in Toscana e in altri Principati d' Italia le persone che hanno fatto voto solenne di celibato e legate da ordini sacri non possono aver figli adottivi (172).

(167) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. ult. della patria potestà.
(168) Nov. 26.
(169) Hostiens, Abbas, c. 1. de cognatione legal. Mantica, de conject. ult. vol. lib. 2. tit. 9. N. 31.
(170) Baronio, ann. 878.
(171) Veggasi la dissert. de adopt. ab I. B. Braschi. Romae, 1729.
(172) Cod. civ. Austr. art. 179. Cod. Albert. art. 188.

§. Apud, ult.

SOMMARIO

Quistioni sopra le adozioni de' servi oggigiorno inutili.

Giustiniano significa che i servi adottati dal padrone acquistano semplicemente la libertà e non il diritto de' figli legittimi. Parecchi, traendo argomento da un passo di Gellio (173), sostengono che l' Imperatore non parli dell' adozione fatta coll' intervento del Pretore, nel qual caso anticamente il servo adottato acquistava i diritti de' figli. Del resto, parli Giustiniano di quell' adozione che più gli aggrada, certo è che abolita la servitù, la disposizione di questo paragrafo è superflua.

(173) Lib. 5. cap. 19.

TITOLO XII.

DE' MODI, PE' QUALI SI SCIOGLIE LA PATRIA POTESTÀ.

SOMMARIO

Negli odierni costumi la potestà patria non ha principii di dominio.

Certo è che se noi vogliamo considerare il diritto naturale, la potestà de' padri sopra i figli termina, allorchè essi cogli anni hanno acquistato robustezza di corpo e intelligenza di mente bastante a regolare le proprie azioni (174). Ma la politica de' Romani partiva da altri principii. Essi, come altrove dicemmo, ritenevano la patria potestà come un dominio, e non come un potere tutelare, costituito per l' utile de' figli. Era quindi necessaria conseguenza che ella dovesse cessare in quelle stesse maniere colle quali cessavano i dominii medesimi. Queste erano la morte del proprietario, la distruzione del soggetto di proprietà e la volontaria rinuncia al proprio diritto. Del resto, caduta la repubblica e succeduto l' Impero, il concetto del dominio paterno fu soggetto a molte limitazioni, e l' odierna giurisprudenza di tutta Europa, intenta a distruggere le superstizioni degli antichi, costituì per regola alla potestà patria il bisogno e l' utile de' figli, anzichè alcun principio di dominio paterno (175).

§. Videamus.

Come e sino a qual segno gli odierni costumi abbiano derogato ai principii della legislazione Giustinianea sopra la materia di questo paragrafo, veggasi quello che abbiamo detto nel §. ultimo, titolo nono, di questo libro.

§. Cum autem, 1.

SOMMARIO

La pena della deportazione presso noi non è in uso.

I latini chiamano *deportare* quello che noi diciamo *confinare*; e *rilegare* quello che noi diciamo *bandire*; sebbene bandire secondo il

(174) Zallingar. Inst. jur. nat. lib. 12. §. 185.
(176) Forti, Inst. civ. lib. 2. cap. 8.

nostro volgare idioma significhi anche *confinare* e *mandare in esiglio*. Alcuni vogliono che il *bando* sia oggi differente dalla *rilegazione* o *deportazione*, e l' assomigliano alla *scomunica* nelle cose spirituali. Che che però ne sia, la deportazione del padre, secondo i principii delle leggi romane, esentava il figlio dalla potestà di lui, e così pure la deportazione del figlio faceva cessare la potestà patria, mancando in tal caso il soggetto (176). Nelle nostre leggi attuali la deportazione è sconosciuta, nè v' ha altra pena che importi morte civile, oltre la galera perpetua (177).

§. Relegati, 2.

SOMMARIO

Nella legislazione Pontificia la rilegazione non è sancita.

La rilegazione nel diritto romano era differente dalla deportazione. Questa importava un' esiglio perpetuo; quella, per lo più, temporaneo: quindi la seconda toglieva tutti i diritti di cittadinanza, la prima nessuno. Le nostre leggi attuali non hanno sancito la pena della rilegazione, e se le può in parte assomigliare la pena dell' esiglio.

§. Poenae, 3.

SOMMARIO

I. *Pena surrogata alla condanna a' metalli e all' opere metalliche.*
II. *La condanna all' opera pubblica non rende il condannato servo della pena.*

I. La condanna a' metalli o all' opera metallica per gli uomini, al ministero metallico per le donne, importava pena capitale che toglieva al condannato la cittadinanza e la libertà, e il riduceva servo della pena (178). Del resto, era necessario che la condanna fosse perpetua; in caso diverso non produceva la mutazione dello stato (179). Negli odier-

(176) Fragm. Ulp. tit. 10. §. 3. l. 1. §. 3. de sent. pass. et rest.
(177) Cod. penal. art. 37.
(178) L. 8. §. 4. l. 36. ff. de poenis. Desid. Herald. de rer. jud. auct. lib. 2. cap. 7. in Thes. Otton. tom. 2.
(179) L. 28. §. 6. l. 6. §. 8. ff. de poenis.

ni costumi questa pena è ignota, e, secondo l' opinione di parecchi, sembra che ad essa possa paragonarsi la condanna dell' opera pubblica a vita.

II. Presso noi la condanna all' opera pubblica non può eccedere lo spazio dei due a' tre o dei tre a' cinque anni, (180) e non rende il condannato servo della pena (181). In Toscana non importa la morte civile neppure la condanna ai pubblici lavori a vita; (182) nel che la legislazione Toscana differisce da quella di Francia (183). La costituzione del Belgio avera abolita la morte civile (184) ma col. bollettino officiale dell' 11. Febbrajo 1831, n. 15. ne richiamò in vigore tutti gli effetti (185).

§. Filius familias, 4.

SOMMARIO

I. *Della dignità de' patrizi.*
II. *Cardinalato succeduto all' antica dignità del patriziato.*

I. Allorchè vigeva la romana repubblica chiamavansi patrizi quelli che discendevano dalla stirpe de' Senatori, creati da Romolo. A' tempi di Livio chiamavansi parimenti patrizi i discendenti di qualunque famiglia Senatoria antichissima. Ma traslocato l' impero in Costantinopoli, i principi cominciarono a creare de' magistrati, i quali con esso loro dividessero le cure più gravi dell' impero, e questi chiamarono patrizi, quasi padri della nazione. Siffatta dignità fu da Giustiniano stimata bastante per liberare il figlio dalla potestà paterna (186). E in fatti, come egli dice, sarebbe un assurdo che non sapesse governare sè stesso quegli che dall' Imperatoria magnificenza venne destinato a governare gli altri. Del resto, appare che la dignità, di cui Giustiniano parla in questo paragrafo, non è già quella che impropriamente si arrogano le persone di condizione nelle città particolari. Fino da' tempi, in cui l' impero fu diviso, il patriziato cominciò ad essere nome denotante una spe-

(180) Cod. pen. art. 63.
(181) Ruota, in Veliterna beneficii de voto: §. 17. del 8. Magg. 1755.
(182) Rescritto del 9. Luglio 1836.
(183) Cod. penal. art. 18.
(184) Cod. Belg. Polit. art. 13.
(185) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 6. de capit. dem.
(186) Hic, et l. ult. de consul. lib. 12.

cie di supremo consiglio, e però la dignità di patrizio è propria di quelli che insieme al Principe, come capo, costituiscono il corpo nobile del regno, o principato, sedendo come membri al fianco di lui, e con esso intervenendo ne' pubblici parlamenti per discutere sopra gli affari del regno più importanti.

II. Dignità di tal fatta, nella forma del nostro governo, è senza dubbio il Cardinalato, e però ad essa, negli odierni costumi, è applicabile la disposizione di questo paragrafo (187). Nella maggior parte delle attuali legislazioni Italiane e straniere la patria potestà cessa colla maggiore età de' figli; e siccome, per lo più, gli onori e gli offici di tale importanza non si sogliono accordare a' minori, così non era mestieri ch' elle sancissero questo punto della giurisprudenza Giustinianea. In Toscana, in cui la patria potestà dura oltre la maggior età de' figli, viene concesso questo privilegio a' Vescovi, ed Arcivescovi, ai governatori di provincie, ai consiglieri di stato, ai capi di dipartimento, ai giudici di revisione, e a quelli di ultima istanza nelle capitali, e finalmente ai comandanti superiori di armi (188). L' Episcopato scioglie la patria potestà anche presso di noi tanto per legge civile che Canonica (189), non però il semplice sacerdozio.

§. Si ab hostibus, 5.

SOMMARIO

I. *Del Postliminio, e della legge Cornelia.*

II. *Negli odierni costumi la captività del padre o del figlio non scioglie la potestà patria.*

È noto che secondo i principii dell' antico diritto pubblico gli uomini fatti schiavi in guerra diventavano servi, e però cessavano di avere i propri figli nella potestà loro. Del resto, i Romani, come pure gli altri popoli, non vollero che la calamità de' propri concittadini fosse fomentata anche nella patria, e perciò inventarono alcune finzioni, con le quali provvedere a' loro diritti. Mediante la finzione del postliminio fingevano che il cittadino reduce dalla captività non fosse stato mai servo,

(187) Card. de Luc. de feud. disc. 116. N. 24. in fin.
(188) Legge del 15. Novembre 1814. art. 44.
(189) Card. de Luc. ubi supra.

e mediante la legge Cornelia fingevano che il cittadino morto nella schiavitù, fosse morto libero e nel proprio paese. Nel tempo intermedio la patria potestà rimaneva sospesa o, come altri vogliono, disciolta.

II. Secondo gli odierni costumi delle nazioni più civilizzate di Europa la servitù è del tutto abolita, e il cittadino, fatto prigioniero di guerra, non cambia stato (190). Quindi portiamo parere che oggigiorno, tolta la sottigliezza di queste due finzioni, la captività del figlio o del padre non sciolga la potestà patria, ma che ne sospenda soltanto l' esercizio, per modo che, nel tempo intermedio, si possa al figlio, come quasi procuratore, concedere l' amministrazione de' beni paterni (191).

§. Praeterea, 6.

SOMMARIO

Negli odierni costumi l' emancipazione non si può fare in qualunque età de' figli.

Anticamente l' emancipazione consisteva in tre vendite fatte avanti il Pretore ad un compratore fiduciario e tre successive manomissioni. Anastasio introdusse l' uso della manomissione per rescritto imperiale. Finalmente Giustiniano liberò l' emancipazione da tutte queste formalità e dispose che essa si potesse fare tra padre e figlio avanti il giudice ordinario e con di lui decreto. Questa maniera di emancipare è stata a un di presso adottata da tutte le vigenti legislazioni (192). Nulladimeno esse hanno in parte derogato a' principii del diritto romano, il quale permetteva che l' emancipazione de' figli si potesse fare in qualunque età loro (193). Riconoscendosi nell' emancipazione una certa qual specie di contratto fra padre e figlio, venne universalmente stabilito che tanto l' uno che l' altro dovessero prestare il loro consenso espresso; e siccome il consenso non si può prestare da persona inabile, come

(190) Grozio, lib. 3. c. 4. de jur. bell. et pac. Busio in l. servorum, 5. ff. de stat. hom.

(191) Richer, univ. civ. et crim. jur. Inst. lib. 1. tit. 12. §. 1366. Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 1. de capit. dem.

(192) Cod. Austr. art. 174. Cod. Albert. art. 238. Cod. delle D. S. art. 400. Legg. Tosc. del 15. Nov. 1814. tit. della patr. pot. art. 35. 37. Cod. Franc. art. 477. Cod. civ. Belg. eod.

(193) L. 5. Cod. de emancip. lib. Nov. 89. cap. 11.

l' infante e l' impubere, così l' uso generale di tutte le moderne nazioni, riprovando come irragionevole l' emancipazione de' fanciulli, stabilirono l' età in cui l' emancipazione fosse permessa. In Toscana e negli stati Sardi si richiede nel figlio l' età di anni diciotto (194). Nelle due Sicilie, in Francia e nel Belgio è necessaria l' età di quindici anni (195).

§. Et quidem, ult.

La disposizione di questo paragrafo è in parte corretta, mediante la tacita emancipazione ammessa in tutte le moderne legislazioni di Europa (196).

(194) Cod. Albert. d. art. 238. d. legge Tosc. del 15. Nov. art. 36.

(195) Cod. delle D. S. d. art. 400. Cod. civ. Franc. d. art. 477. Cod. civ. Belg. eod.

(196) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. ultimo, della patr. pot.

TITOLO XIII.

DELLE TUTELE

SOMMARIO

I. *Osservazione sopra la definizione della tutela.*
II. *Tutela perpetua delle femmine abolita.*

I. La libertà naturale di ciascun individuo potrebbe senza dubbio tornare in suo pregiudizio, qualora egli non avesse capacità bastante per saperne far uso. Questa capacità è per certo improbabile in quelle persone, nelle quali le forze dell' intelletto non si sono peranco intieramente sviluppate. Fu quindi presso i popoli più civilizzati creduto opportuno di provvedere all' utile loro, scegliendo persona che potesse tutelarli. La tutela era nota a' Greci ed a' Romani anche prima della legge delle XII. tavole, mentre la storia ci fa conoscere che Anco Marzio re di Roma dette tutore a' suoi figli nella persona di Tarquinio Prisco. Giustiniano la definisce, vis et potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem se defendere nequit, jure civili data ac permissa. Gravissime furono le dispute degl' interpreti per ispiegare il vero significato de' due vocaboli vis et potestas. Alcuni si avvisarono ch' essi volessero significare un doppio officio de' tutori; e che vis fosse applicabile all' amministrazione de' beni, potestas alla persona del pupillo. Altri stimarono che il primo vocabolo dimostrasse l' officio del tutore, e il secondo l' autorità di lui. Una terza opinione decise che tutti e due questi vocaboli significassero la stessa cosa, quasi fossero stati l' uno all' altro congiunti solo per rendere l' orazione più piena. L' inutilità di queste dispute in foro non ammette alcun dubbio, e perciò non franca la spesa di considerare quale di esse sia più verosimile. Del resto, per non parere che io voglia ommettere la mia opinione, allorchè la materia il richiede, osserverò semplicemente che questa definizione è tratta da una legge di Servio Sulpicio (197). A' tempi di questo antico giureconsulto erano in tutela non solo gl' impuberi, ma eziandio le femmine: la tutela delle femmine fu da Giustiniano abolita; è quindi probabile che dietro l' abolizione dell' Imperatore, Triboniano abbia in certo qual modo alterata la disposizione di Sulpicio, volendola adattare a' suoi tempi (198).

(197) L. 1. ff. hoc tit.
(198) Einecc. in not. ad Vinn. Inst. hoc tit.

II. I popoli che successero dopo la caduta dell' Impero, ammisero anch' essi nelle donne la tutela perpetua (199), ma nelle continue rivoluzioni d' Italia andò in disuso. Negli odierni costumi le donne maggiori di età sono libere ai pari degli uomini, ma nel contrarre obbligazioni hanno bisogno della tutela del giudice, con l' intervento di alcune solennità, senza le quali l' obbligazione è nulla.

(199) Muratori, Antiq. Ital. Dissert. 20.

TITOLO XIV.

QUALI PERSONE POSSANO ESSERE DATE A TUTORE NEL TESTAMENTO.

SOMMARIO

Fondamento della tutela testamentaria presso i Romani non adattata agli odierni costumi.

Le leggi de' Romani regolano le tutele al pari delle successioni: nelle successioni maggior preferenza concedono alla testamentaria, è però uguale preferenza accordano alla tutela di questo genere. Nostro istituto è quello di osservare le innovazioni da' presenti costumi recati al diritto romano; non già d' illustrarlo o spiegarlo con note o commenti, i quali, per quanto sopra questa materia è stato scritto, non sarebbero forse che una continua ripetizione. Prescindiamo quindi dal riferire la natura di questa tutela, bastando accennare che il suo fondamento deriva dalla legge delle XII. tavole. In esse era solennemente decretato *uti paterfamilias legassit de pecunia tutelave suae rei, ita jus esto*. Erano queste le formidabili parole che accordavano a' padri quella paterna illimitata potestà, della quale abbiamo parlato ne' titoli antecedenti. Posto per infallibile principio che la tutela testamentaria abbia per fondamento la potestà paterna, ne viene di necessaria conseguenza che non possono eleggere tutore per testamento quelli che non hanno i figli nel loro potere. E non per altra ragione le antiche leggi denegavano siffatta licenza a' padri verso i figli emancipati, alle madri verso gl' impuberi e agli estranei verso gli estranei. In processo di tempo però, e precisamente sotto gl' Imperatori, si conobbe che l' utile pubblico e il naturale sentimento di umanità, pel quale, non solo il padre, ma ciascuno è mosso al provvedimento delle persone che più ama, dovea prevalere a' rigorosi principii delle leggi decemvirali. La facoltà di eleggere tutore per testamento fu concessa a tutti. Sotto alcune misure di saggia antiveggenza i padri furono ammessi a potere eleggere un tutore pe' figli emancipati, le madri pe' figli impuberi e persino gli estranei per gli estranei (200). Indi ne segue che, mutata la disposizione della legge, se ne dee parimenti ritenere mutato il fondamento. È dunque nostro parere essere un assurdo negli odierni costumi il ritenere per fondamento della tutela testamentaria la legge delle dodici tavole, o la potestà pa-

(200) L. mater. 4. Cod. de test. tut. l. 4. ff. de confirm. tut.

terna. Il quale assurdo tanto più si rende manifesto, in quanto oggigiorno sono quasi al tutto aboliti gli effetti di questo quiritario dominio (201). Parecchie fra le moderne legislazioni conobbero siffatto errore, e perciò, mettendo in non cale la legge delle XII. tavole, e meglio conformandosi agli odierni costumi, tolto di mezzo l' antico fondamento della tutela e lasciato il nuovo, che è senza dubbio l' amore de' figli, stabilirono che il diritto di eleggere un tutore appartenga all' ultimo de' genitori sopravvivente (202).

§. Sed et servus, 1.

SOMMARIO

Inutilità del presente paragrafo.

I servi nell' antica Roma erano incapaci de' pubblici offici, e per conseguenza, anche della tutela. I testatori però potevano eleggerli a tutori, dando loro la libertà; e s' eglino per avventura li avessero nel testamento eletti tutori semplicemente, senza fare parola alcuna sulla mutazione del loro stato, la libertà era sott' intesa, giacchè non poteva non volere la conseguenza chi voleva l' antecedente. Abolita la servitù, la disposizione di questo paragrafo è la sua parte inutile.

§. Certae, 4.

SOMMARIO

Negli odierni costumi il tutore può esser dato anche alla cosa.

Officio del tutore è principalmente quello di tutelare la persona del pupillo, non già i di lui beni, e perciò non poteva esser dato alla cosa, ma bensì alla persona. I Romani, seguendo questo principio, stabilirono che se il tutore fosse stato dato a una cosa, per un' affare determinato, la dazione del tutore dovesse ritenersi come inutile. Io, per me, reputo che questa sia una sottigliezza, dacchè non so vedere per qual ragione il padre o qualunque altro non possa dare due tutori diversi all' impubere. Supponghasi, per esempio, che il pupillo sia possidente, e faccia

(201) Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 1. tit. 14. §. 1422.
(202) Cod. civ. Franc. art. 397. Cod. Belg. cod. Cod. delle D. S. art. 319.

nello stesso tempo professione di mercante. Perchè non potrà il padre deputare in tutore Primo o Secondo, persona nel commercio versatissima, acciocchè abbia in tutela solamente gli affari risguardanti la mercatura, e lasciare quella del resto ad altri tutori da lui nominati? La pratica di parecchie nazioni, poste in non cale le superstizioni degli antichi, non fece caso di questa legge, (203) e presso noi, come presso altri popoli, oggigiorno è di niun uso (204).

(203) Grozio, Introd. lib. 1. pag. 7. in fin. Argent. ad cons. Brit. art. 474. glos. 2. art. 475. glos. 5.

(204) Veggasi quello che abbiamo detto nel pr. Inst. quib. mod. tut. fin.

TITOLO XV.

DELLA TUTELA LEGITTIMA DEGLI AGNATI.

SOMMARIO

I. *Abolizione della differenza fra agnati e cognati.*
II. *Tutela legittima della madre.*
III *Legislazione estera.*

I. Allorchè il padre non abbia dato egli stesso tutore al figlio impubere, la legge delle XII. tavole chiamava a tale officio l' agnato più prossimo, e, in mancanza di lui, i gentili, ossiano quelli ch' erano della stessa gente. Del resto, la distinzione di agnati e gentili andò in disuso fino da' tempi di Gaio e di Ulpiano. Giustiniano in seguito abolì la differenza fra agnati e cognati, ed avendo egli stabilito che l' eredità intestata dovesse toccare all' erede più prossimo del defunto tanto per agnazione che per cognazione, volle che il peso della tutela appartenesse all' agnato o cognato più prossimo (205).

II. Secondo le antiche leggi Romane le donne si ritenevano come inabili all' officio di tutore. Giustiniano concedendo alla madre e, in mancanza di questa, all' ava, la facoltà di domandare e di ottenere la tutela legittima de' figli o nepoti, sotto alcune condizioni, in preferenza di tutti gli altri tutori legittimi (206) portò una grave alterazione a questa parte dell' antico diritto.

III. Quasi tutte le moderne legislazioni tanto Italiane che straniere hanno sancita la tutela legittima (207) quantunque in foro le quistioni sopra le differenze de' tutori testamentari legittimi e dativi sieno rarissime (208). Le attuali leggi Toscane non riconoscono altra specie di tutela legittima se non quella della madre (209).

(205) Nov. 118. cap. 5.

(206) Nov. 118. cap. 5.

(207) Cod. univ. Austr. lib. 1. tit. v. cap. 2. sez. 2. Cod. Albert. art. 247. 257. 258. 259. Cod. Parmen. art. 168. 169. Cod. delle D. S. art. 323. Cod. civ. Franc. art. 390. 402. e seg. Cod. Belg. eod.

(208) Forti, Inst. civ. lib. 2. cap. 9. sez. 2. §. 2. Card. de Luc. de tutor. in summ. in princ.

(209) Legge del 15. Nov. 1814. art. 10.

TITOLO XVI.

DEL MUTAMENTO DI STATO

SOMMARIO

Distinzione fra il diritto politico e il civile.

Sarebbe inutile aspirare al nome di giureconsulto, se, quando la materia sembra richiederlo, ponessimo sempre dall' un de' lati quelle cognizioni che risguardano la culta giurisprudenza. Le quali cognizioni tanto meno vogliamo ommettere in questo titolo, quanto più, conosciuta la storia degli antichi tempi, si rende facile il conoscere le variazioni seguite ne' moderni. Questo libro s' inscrive della diminuzione del capo; oggigiorno, il che in effetto torna lo stesso, si direbbe assai meglio della mutazione di stato. Era costume degli antichi scrivere il proprio nome nelle tavole censuali. Quelli che privi di fortuna, non potevano scrivere che il nome, non beni, si chiamavano *capite censi* o popolo minuto. Niuno però era ammesso all' iscrizione del censo, qualora non avesse goduto de' diritti propri de' cittadini Romani, cioè della libertà e della cittadinanza. Mancando questi due diritti egli era escluso, e però chiamavasi *capite destitutus* o mancante di stato. Ogni supplizio, pena o sventura che privasse il cittadino di questo o quel diritto, faceva cancellare il suo nome dal censo e perciò chiamavasi *capite deminutus* o mutato di stato. La diminuzione del capo era di tre sorta: massima, media e minima. La prima toglieva il diritto di libertà, la seconda quello di cittadinanza, l' ultima quello di famiglia. Tanto la prima che la seconda, rispetto alle leggi, erano in molti effetti uguagliate alla morte, dacchè in realtà importavano la morte civile, spogliando il cittadino di qualunque diritto. Gli antichi, come in appresso vedremo, furono in questo eccessivamente rigorosi, e predominando in que' tempi il diritto politico, confusero insieme il politico ed il civile. I progressi della ragione naturale e l' utile del commercio fra nazione e nazione dettero campo a' tempi posteriori di separare l' uno dall' altro; quindi negli odierni costumi di tutti i popoli i diritti che si perdono pel mutamento di stato, sono differenti da quelli che l' uomo sempre conserva come inerenti alla sua natura morale.

§. Massima, 1.

SOMMARIO

I. *Esposizione del testo.*
II. *Negli odierni costumi il prigioniero di guerra non cambia stato.*
III. *Inalienabilità della libertà personale.*

I. La diminuzione del capo massima non solamente toglieva la libertà, ma eziandio la cittadinanza. I captivi, i servi della pena, i liberti condannati per l' ingratitudine usata verso i patroni e quelli che, a partecipare del prezzo, comportavano di essere venduti, venivano sottoposti a tale mutamento di stato, ed incorrevano nella morte civile.

II. Quanto a' captivi, toccammo altrove che l' ingiustizia de' secoli barbari, aggiungendo dolore a' dolenti, considerava nella patria loro morti civilmente que' cittadini che per difenderla cadevano in mano ai nemici. L' infanzia de' tempi era così inumana che per conservare a questi infelici la testamentificazione ricorse alle finzioni. Nel resto erano privi di ogni diritto, le loro azioni si reputavano inutili e rimanevano servi del vincitore. L' incivilimento de' popoli cambiò aspetto a' rigorosi principii del diritto delle genti, e invece di rendere più dura la condizione de' vinti procurò di migliorarla. Negli odierni costumi di ogni nazione il prigioniero di guerra non diventa servo del vincitore (210). Le obbligazioni da lui contratte durante la prigionìa sono valide (211): prima della partenza per la guerra può costituire nella patria un procuratore che amministri le sue cose, e il mandato non cessa per l' assenza del costituente. (112). D' onde appare che nell' odierna giurisprudenza il prigioniero di guerra non è considerato come morto civilmente (213).

III. I liberti che immemori del beneficio si diportavano ingratamente verso i benefattori, in pena ricadevano nella servitù de' patroni (214), la qual pena incorreva quella persona libera che, con animo di fraudare i compratori, comportava di farsi vendere per essere partecipe del prezzo. Tanto l' uno che l' altro caso negli odierni costumi è inconcepibile. Imperciocchè, spenta la servitù, l' ingratitudine o l' offesa recata

(210) Merlin. Repert. art. Prisonnier de guerre.
(211) Vattel, Droit des gens, liv. III. Chap. §. 264. Chap. 17. §. 281.
(212) Vattel, Droit des gens. liv. III. Chap. 14. §. 119.
(213) Merlin. ubi supra.
(214) L. 2. Cod. de libert. et cor. lib.

da persona libera è punita a norma delle circostanze attenuanti o gravanti il delitto ; e, d'altronde, l'inalienabilità della libertà personale oggigiorno è regola di diritto comune (215).

§. Minor, 2.

SOMMARIO

I. *Pena della deportazione presso noi abolita.*
II. *Dell' interdizione dell' acqua e del fuoco.*
III. *Della naturalizzazione presso i popoli moderni.*

I. La deminuzione del capo media s' incorreva in due modi: per l' interdizione dell' acqua e del fuoco e per la deportazione. La prima era in uso a' tempi della repubblica; la seconda a' tempi dell' impero. Di mano in mano che la seconda parve più adattata alla forma del governo, la prima cominciò a essere meno finalmente, e perfino cessò di essere in uso (216). La deportazione è straniera alle nostre leggi attuali, ha vigore nella Francia e nell' Inghilterra, e in ambedue queste nazioni porta seco la morte civile.

II. Gli antichi istituti de' Romani avevano stabilito che niun cittadino, quantunque colpevole, potesse condannarsi nel capo, nè privarsi della libertà e della cittadinanza (217). Questa massima era suggerita dallo spirito de' tempi, ma in pratica partoriva cattive conseguenze. Il vigore della pubblica disciplina si rendeva inutile, e i delitti rimanevano spesse volte impuniti. Fu stimato opportuno ripararvi, inventando una misura, per la quale, senza offendere al diritto pubblico, il cittadino colpevole rimanesse privo de' suoi diritti civili. Si cominciò a interdirgli l' uso dell' acqua e del fuoco, acciocchè egli, mancando di questi due necessari elementi, fosse, per vivere, costretto a lasciare la patria e ricercare asilo straniero. In questa maniera tenevano i Romani di conservare gli antichi istituti, mentr' essi non privavano apertamente il cittadino della libertà e della cittadinanza, nè tampoco gli toglievano la vita, sebbene per conseguenza ottenessero lo stesso effetto. Imperciocchè, secondo i costumi dell' antica latinità, chiunque si fosse dalla

(215) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. poenae 3. quib. mod. jus. Patr. pot. sol.

(216) Cuiacc. obs. VI. 39.

(217) Cesare, Orat. sua apud Sallust. de bell. Catil. Cicer. in orat. pro. dom. sua pro Aulio Caecin. et pro Cornel. Bel.

patria di buon grado allontanato, e, ricevuto in altro luogo, avesse dato il suo nome nelle milizie straniere, decadeva da tutti i diritti inerenti alla qualità di cittadino (218). L' interdetto che abbandonava la patria per necessità, veniva uguagliato a quello che l' abbandonava per sua elezione.

III. Le moderne legislazioni di tutta Europa hanno sancito questo principio di un' antica giurisprudenza, la quale, per quanto io sappia, non ha veruna sanzione espressa nella compilazione di Giustiniano. Il suddito che acquista la naturalità in paese straniero, ed ivi si stabilisce con animo di non più tornare, perde nella sua nazione il godimento de' diritti civili inerenti alla qualità di suddito. Incorre nella stessa diminuzione di capo il suddito che senza autorizzazione del principe prende servizio militare e accetta funzioni pubbliche in governo straniero. In questo caso incorre anche nel pregiudizio delle pene stabilite dalle leggi contro i sudditi che portano le armi contro lo stato (219). Il modo di rientrare nel godimento de' propri diritti è prescritto dalle leggi particolari di ciascuna nazione.

§. Servus, 4.

SOMMARIO

Inutilità del presente paragrafo.

Il servo, rispetto alle leggi civili, era considerato come cosa, non come persona. Manomesso, entrava nella condizione delle persone ed acquistava i diritti di libertà, cittadinanza e famiglia. Tolta la servitù, questo paragrafo è inutile.

§. Quod autem, 6.

SOMMARIO

I. *Spiegazione del testo.*
II. *Della servitù della pena = Pratica del presente paragrafo.*
III. *Legislazione Pontificia.*

I. Giustiniano nel terzo paragrafo del titolo antecedente disse che la diminuzione di capo, qualunque ella sia, non sempre toglie i diritti

(218) Vinn. in §. 3. Inst. de libert.

(219) Cod. civ. Albert. tit 1: cap. 2. Cod. civ. Franc. tit. 1. cap. 2. Cod. Austr. tit. 1. cap. 2.

di cognazione, come toglie quelli di agnazione. In questo paragrafo egli spiega la sua precedente disposizione, osservando che la cognazione si estingue solo per la diminuzione di capo massima e media. E ciò, perchè tanto l' una che l' altra importano la morte civile (220). Questa legge di Giustiniano merita spiegazione. I diritti di sangue si possono prendere in due significati diversi; naturalmente e civilmente. Nel primo caso sono inerenti alla persona morale, e la legge civile non può mai toglierli: secondo l' ordine di natura il padre sarà sempre padre; il fratello, fratello; il figlio, figlio. Nell' altro caso si possono togliere, e la legge civile può in certi casi disporre che il padre non succeda al figlio, il figlio al padre, il fratello al fratello ec. Allorchè la legge percuote il suddito con la servitù della pena, non fa che mettere in uso tale sanzione.

II. È dubbio se negli odierni costumi possa aver luogo il caso, in cui debbano ritenersi come tolti i diritti di cognazione suddetti. La decisione di questa disputa dipende dal conoscere se oggigiorno sia, o no, abolita la servitù della pena. Parecchi, tratti dall'autorita della Novella 22. cap. 8. unde Auth. sed hodiè, cod. de donat. int. vir et uxor affermarono (221). Altri, dietro l' autorità del presente paragrafo, negarono (222). *L' ultima* opinione sembra più probabile, giacchè l'Imperatore nella sopraddetta Novella corregge l' antico diritto solo in un caso speciale, e quindi per interpretazione non si può dedurre una correzione di leggi generale. La pratica di diversi Tribunali di Europa non fu per certo di sentimento unanime, ritenendo in alcuni luoghi l' affermativa (223) in altri la negativa (224). Io, per me, reputo che in pratica la quistione non si possa mai sciogliere a' termini di diritto comune, dipendendo essa dalle leggi particolari di ciascuna nazione.

III. Presso noi la servitù della pena è abolita, salvo il caso della condanna alla galera in vita, e la disposizione dell' articolo 85 del regolamento penale.

(220) L. verum, 63. §. societas 10. ff. pro. soc.

(221) Ant. Malt. de crim. et poen. lib. 48. tit. 18. N. 5. Voet. comm. ad Pand. lib. 28. tit. 1. N. 39. Clar. §. final. quaest. 67. encycloped. methodiq. jurisp. art. mort. civile, p. 75. 76.

(222) Cremani. de jur. crim. lib. 1. part. 2. cap. 8. §. Stryck usus hod. Pand. lib. 48. tit. 5. §. 7. Card. de Luc. de regal. disc. 161. N. 29.

(223) Castill. Decis. del Sacr. Concist. di Sicil. Decis. 37. Boerio quaest. 278.

(224) Guid. Pap. Decis. Gratian. quaest. 657.

§. Quum autem, ult.

SOMMARIO

I. *Della tutela legittima degli agnati e della madre.*
II. *Osservazioni sulla tutela legittima degli agnati.*
III. *Osservazioni sulla tutela legittima della madre.*
IV. *Conclusione.*

I. Rimosse le cause che possono essere d' impedimento a' tutori legittimi, Giustiniano, come altrove dicemmo, accorda la preferenza agli agnati più prossimi. Questa sua disposizione venne da lui poco tempo dopo abrogata, chiamando a tale officio tanto gli agnati più prossimi che i cognati (225). Ciò non bastando, sopra tutti gli agnati e cognati dette la preferenza alla madre e all' ava, purchè con giuramento rinunciassero alle seconde nozze e al beneficio del Senato Consulto Velleiano (226). In appresso, quanto alle donne, tolse anche la necessità del giuramento (227) forse volendo togliere l' occasione di commettere uno spergiuro, e la pratica del foro pose in non cale qualunque professione di rinunciare alle seconde nozze. Due pertanto sono le osservazioni che ci permettiamo di fare in occasione del presente paragrafo. La prima riguardo alla tutela degli agnati, la seconda riguardo alla tutela della madre.

II. Fondamento della tutela testamentaria, secondo la legge delle XII. tavole è la potestà patria: secondo le medesime leggi, fondamento della tutela legittima è lo sperato emolumento della successione. Imperciocchè dette leggi chiamassero alla tutela que' medesimi, cui morto il pupillo, l' eredità sarebbe devoluta. Ulpiano (228) osserva che questa disposizione non potrebbe esser migliore, mentre l' interesse medesimo di quelli che possono sperare la successione, non può a meno di essere vigilante, perchè i beni non vengano dilapidati. La ragione sarà buona, ma, vaglia il mio parere sin dove giudica il lettore, parmi più metafisica che giusta. Il pupillo è certo d' impedimento al prossimo parente nel conseguimento della successione, e perciò, avendo egli un' interesse immediato, invece di tutelarlo potrebbe avere delle mire per non tutelarlo.

(225) Novella 118. cap. 5.
(226) Auth. matri et aviae cum Auth. seq. Cod. quand. mul. off. tut. Nov. 22.
(227) Nov. 94.
(228) L. 1. hoc tit.

L' utile de' pupilli esige che si ponga mente alla persona, cui se ne commette la cura, e questo, secondo il mio parere, dovrebbe escludere tutti quelli che hanno o possono avere interesse ne' beni di lui; interesse che ha, senza dubbio, chi, lui morto, può sperare e conseguire la successione. Quest' interesse non milita ugualmente nella persona degli ascendenti; la successione di essi dee naturalmente pervenire a' posteri; il pupillo non è altro che un erede loro, e il caso di una mira diversa è molto remoto. Parecchie fra le odierne legislazioni, forse conoscendo siffatto inconveniente, non ammisero, oltre la materna, altra tutela legittima che quella degli ascendenti (229). Sarei quindi di avviso che negli odierni costumi, lasciando da parte l' antico fondamento della successione, il giudice stesso dovesse conferire la tutela a quella persona, in cui la condizione, la fama di probità e l' esperienza facessero ripromettere la vera utilità del pupillo.

III. Errore di simile natura si verifica eziandio nella tutela della madre. Le antiche leggi de' Romani, le quali in realtà sono le sole nostre (230) esclusero da questo officio la madre, come tutte le donne, essendo la tutela officio pubblico e civile. Giustiniano, Imperatore Greco, per via di dispensa e come in privilegio, permesse ch' ella potesse esercitarlo, senza però obbligarla contro a sua voglia. Molti fra' repetenti, fra pratici moltissimi, regolando la tutela alla maniera della successione, trassero da questa greca disposizione argomento per accordare alla madre una preferenza di genere estesissimo sopra l' avo, allorchè egli non abbia potestà patria. Il fanatismo di questa graziosa dispensa andò tanto innanzi, che si sostenne non potere il giudice o i Tribunali invertirla senza commettere grave esorbitanza di legge (231). Io, per me, non pendo in forse dal condannare questa semplicità leguleica. Altri erano i tempi di Giustiniano, altri sono i nostri. Allorchè il compilatore di Costantinopoli concesse alla madre la suddetta grazia, le femmine erano in effetto libere al pari degli uomini, non essendo loro interdetta altra obbligazione che la malleverìa in forza del Senato Consulto Velleiano. Le nostre leggi odierne, all' opposto, ritengono le donne inabili a qualunque contratto, e le pongono nella medesima condizione de' pupilli (232). Ora, se la donna è pur essa nella perpetua tutela del giudice, se le leggi la ritengono incapace degli offici privati, non sarà un assurdo il rite-

(229) Cod. civ. Franc. lib. 1: tit. X. cap. 2. seq. 3.
(230) Card. de Luc. de tutor. disc. 21: N. 8.
(231) Card. de Luc. eod.
(232) Reg. giud. §. 52. e seg.

nerla incapace alla tutela degli altri e inabile agli offici pubblici. È falso di netto che la tutela sia dovuta alla madre secondo l' ordine della prossimità nell' intestata successione, giacchè Giustiniano medesimo le concesse tale prerogativa sulla presunzione che l' amore materno veglierebbe in difesa de' figli impuberi a preferenza di qualunque altro congiunto od estraneo (233). E questa in fatti fu la ragione, per cui volle la rinuncia delle seconde nozze, e non impose alle donne obbligo alcuno di assumere tale incarico. Ommetto, per brevità, di esaminare se il giudice, decretando la tutela all' avo in preferenza della madre o allo zio in preferenza dell' ava, commetta la grave esorbitanza, pretesa dagli avversari. Chiunque voglia considerare lo spirito e la mente delle leggi non potrà a meno di tenere l' opinione negativa. Imperciocchè non sia credibile che Giustiniano nell' accordare alle donne una graziosa prerogativa, la quale alterava pressochè tutta l' antica giurisprudenza, abbia voluto indistintamente concederla in ogni caso contro l' utile de' pupilli. Ma dato per impossibile che tale fosse pur stata la mente dell' Imperatore, pochi terranno per esorbitanza di legge il recedere da una costituzione fatta in Grecia per abbracciare una disposizione meramente romana. E al fermo, quando Giustiniano promulgò la sua legislazione, Roma era sottratta al di lui Impero e con essa Italia tutta, a riserva di Ravenna. I Romani, per avere una buona legislazione, non avevano mestieri del Codice di Giustiniano, giacchè tutte le leggi contenute nelle Pandette erano nate fra noi e non in Costantinopoli. La storia de' tempi e della giurisprudenza ci fa abbastanza conoscere che Roma avea dei giusti motivi per detestare la corte di Bisanzio, e non esiste alcun documento, il quale provi che essa ne accettasse la legislazione. Ottimamente osserva il Romagnosi che quando si parla delle leggi romane si debbono escludere i capricci del palazzo di Costantinopoli.

IV. Sarei quindi d' avviso che il giudice negli odierni costumi, salva l' autorità delle antiche leggi, potesse decretare la tutela in quella persona nella quale conoscesse l' evidente utilità del pupillo, pel cui vantaggio fu unicamente la tutela introdotta. Suppongasi, per esempio, che morendo un padre emancipato, lasciasse superstite un pupillo, la moglie povera, e un fratello dovizioso e prudente. In questo caso l' utile del pupillo importerebbe che lo zio avesse per lui dell' affetto, potendo per avventura sperarne l' eredità o altri vantaggi di sommo rilievo. Quest' affetto però molto più si concilia convivendo insieme, quasi

(233) Auth. ad haec Cod. quand. mul. tut. offic.

in domestica società e fratellanza, che vivendo separati e quasi senza rapporti di famiglia. Ora, se lo zio, nel quale non si può supporre alcuna mira d' interesse, e che, cercando la tutela del nepote, mostra verso lui tutto l' amore, domandasse di volerlo seco, dovrebbe essere escluso perchè Giustiniano in genere accorda la preferenza alla madre? Le leggi che nella tutela ebbero in mira l' utile de' pupilli, rimarrebbero senza effetto; in pratica però spesse volte si è veduto tale inconveniente, e con retto consiglio lo riprende il De Luca (234).

(234) De tutor. disc. 21. per tot.

TITOLO XVII.

DELLA LEGITTIMA TUTELA DE' PATRONI

SOMMARIO

Inutilità del presente titolo.

Siccome la legge delle XII. tavole aveva deferito la tutela agli agnati, per questo che il peso della tutela doveva appartenere a quello che poteva sperare l' utile della successione, così gl' Interpreti accordarono la tutela de' manomessi a' patroni, essendo eglino chiamati all' intestata eredità de' loro liberti. Tolta la servitù, la disposizione di questo titolo è superflua.

TITOLO XVIII.

DELLA LEGITTIMA TUTELA DE' PARENTI

SOMMARIO

Negli odierni costumi i padri sono indistintamente tutori dei loro figli.

I padri, emancipando i figli in bassa età, intendevano riserbarsi il diritto di succedere ad essi, qualora fossero venuti a morte (235); e perciò, ad esempio della tutela legittima de' patroni, essi venivano dalla legge chiamati alla tutela de' figli emancipati. Del rimanente, abolita l' antica patria potestà de' Romani non che i suoi particolari effetti, secondo gli odierni costumi di tutta Europa, i padri sono indistintamente legittimi tutori de' loro discendenti (236).

(235) L. 3. §. 10. ff. de leg. tut.
(236) Argent. ad Consuet. Brit. art. 465. Grozio, Introd. lib. 1. p. 6. in princ. Cod. civ. Austr. art. 139. e seg. Cod. Civ. Franc. art. 389.

TITOLO XIX.

DELLA TUTELA FIDUCIARIA

SOMMARIO

La tutela de' fratelli oggigiorno non può chiamarsi fiduciaria.

Allorchè fosse morto il padre, legittimo tutore de' figli emancipati, il diritto della tutela passava ne' figli suoi eredi ch' egli aveva in potestà al tempo della morte, e quindi i fratelli esercitavano la tutela sul fratello già emancipato. Disputarono gl'Interpreti, affine di conoscere per qual motivo questa tutela dovesse chiamarsi fiduciaria e non legittima. Varie sono le opinioni, ma sembra più probabile il dire ch' ella non si chiami legittima, perchè non deriva nè direttamente, nè per interpretazione dalla legge delle XII. tavole, non avendo per fondamento la speranza della successione. Vuolsi pertanto osservare che Giustiniano, derogando a' principii dell' antico diritto, mediante sua nuovissima costituzione (237) chiamò alla successione del fratello premorto il padre unitamente ai fratelli germani. Regolando adunque, come egli vuole, la tutela a modo delle successioni, oggigiorno la tutela del fratello non appartiene solamente al padre, ma eziandio, lui vivo a' fratelli; e perciò si rende chiaro abbastanza che negli odierni costumi questa sorta di tutela non può altrimenti chiamarsi fiduciaria, ma bensì legittima (238).

(237) Nov. 118. Cap. 1. 5.

(238) Richer, univ. civ. et crim. jur. Inst. lib. 1. tit. 15. §. 1491. Veggasi quello che abbiam detto nel titolo antecedente.

TITOLO XX.

DEL TUTORE ATTILIANO E DEL TUTORE DATO PER LA LEGGE GIULIA E TIZIA

SOMMARIO

I. *Inutilità del presente paragrafo.*
II. *Legislazione estera.*

I. Mancando la tutela testamentaria e la legittima, si fa luogo alla dativa. La tutela dativa viene data dai magistrati in forza di speciale concessione della legge. Giustiniano, con grave discapito della concisione, viene a narrarci quali fossero i magistrati cui nell' antica Roma era concessa tale facoltà. La qual cosa egli poteva ommettere, essendo inconcludente, massime in un libro di Elementi, dopo la riforma da lui fatta. Basterà quindi accennare che la licenza di nominare i tutori in Roma risiedeva presso il Pretore Urbano, e la maggior parte dei Tribuni della plebe; nelle provincie appo i rispettivi presidi. In seguito fu in Roma concessa al prefetto della Città e al pretore; nelle provincie a' proconsoli, a' legati, non che a' magistrati municipali con ordine dei presidenti (239). Finalmente per diritto Giustinianeo l' ebbero il prefetto di Roma, il pretore, i presidenti ed i proconsoli, il prefetto d' Egitto, i legati proconsolari, i magistrati municipali e il giuridico di Alessandria, purchè, riguardo a questi due ultimi, le sostanze del pupillo non sorpassassero la somma di cinquecento solidi (240). Mutata la forma dell' antico governo, l' uso comune di quasi tutte le nazioni ammise in foro che il tutore potesse darsi da qualunque giudice cui fosse il pupillo soggetto. (241).

II. Le nostre leggi attuali sono conformi a tale consuetudine: il tutore dativo, e qualunque altro curatore, viene nominato nella camera di consiglio del tribunale civile residente nella provincia cui è soggetto il pupillo (242). Il codice di Francia, in mancanza della tutela testamentaria legittima, vuole che si proceda alla deputazione di un tutore mediante

(239) §. 4. Inst. hic l. 1. princ. et §. 1. l. 3. l. 19. princ. et §. 1. ff. de tutor. et cur. dand.

(240) §. 4. hic l. pen. ff. de off. proc. et seq. l. 1. princ. et §. 1. l. 5. l. 8. l. 27 ff. de tut. et cur. dan. §. 5. Inst. hic.

(241) Richer. univ. civ. et crim. jur. Inst. lib. 1. tit. 16. §. 1531. in fin.

(242) Reg. giud. §. 1606.

consiglio di famiglia (243). Il consiglio, non compreso il giudice di pace, è composto di sei parenti od affini, metà del lato paterno, metà del materno, secondo l' ordine di prossimità in ciascuna linea, i quali si possono prendere tanto nel comune, ove si fa luogo alla tutela, quanto nella distanza di due miariametri (244). L' assemblea si ritiene di diritto presso il giudice di pace, eccettuato ch' egli stesso non abbia indicato un altro luogo. Si richiede la presenza per lo meno di tre quarti dei membri chiamati, perchè ella possa deliberare (245). Il consiglio di famiglia è presieduto dal giudice di pace, il quale ha voto deliberativo e preponderante in caso di parità di opinioni (246). Il codice civile degli stati Sardi e quello delle due Sicilie approvarono queste assemblee famigliari, le quali sono senza dubbio la miglior garanzia che la legge possa concedere a' minori pel buon governo della famiglia. Ma negli stati ereditari Tedeschi, nella Lombardia, nel Ducato di Parma, nel Cantone del Ticino ed in Toscana l' istituzione de' consigli di famiglia non è adottata.

§. Sed hoc jure, 4.

SOMMARIO

Dell' officio de' presidi.

L' officio de' Presidi nelle provincie era il medesimo del Prefetto della Città e del Prefetto del pretorio in Roma. Imperciocchè, secondo la testimonianza del Giureconsulto, (247) tutte le cose che in Roma erano della competenza di vari giudici, nelle provincie erano di competenza de' Presidi e de' Proconsoli. Indi parecchi inferiscono che i Presidi fossero giudici ordinari in prima istanza e non in appello. Negli odierni costumi la potestà degli antichi presidi, risiede presso i giudici ordinari.

(243) Cod. Civ. Franc. Art. 405.
(244) Art. 407.
(245) Art. 415.
(246) Art. 416.
(247) Nella l. ex omnib. 10. cum. seq. ff. de offic. praesid.

§. Quum ergo, 7.

SOMMARIO

Il tutore presso noi dee render conto della sua amministrazione ad ogni richiesta.

Non si può negare che le Romane leggi non mettessero in opera tutta l' energia per assicurare gl' interessi de' pupilli dalla cattiva amministrazione de' tutori. È però sorprendente il vedere che non ve ne ha una, la quale obblighi il tutore al rendimento de' conti, durante la tutela, mentre l' unico mezzo giuridico che si potea far valere contro esso consisteva nell' accusarlo come sospetto. È senza dubbio certissimo che miglior garanzia offrirebbe la legge a' pupilli, se obbligasse i tutori al rendimento de' conti in ogni certo spazio di tempo, massime se l' amministrazione fosse di gran lunga complicata ed estesa. Non dubito però che in pratica il giudice, sopra istanza de' congiunti del pupillo, possa di officio constringere i tutori ad esebire lo stato della loro amministrazione anche prima che termini la tutela, giacchè una revisione de' conti sommaria non ripugna in modo alcuno alla natura dell' amministrazione, ed assicura vie meglio gl' interessi del pupillo (248). Parecchie tra le moderne legislazioni Italiane e straniere consentirono in questa massima, e di essa fecero una legge espressa. Presso noi il tutore dativo può essere costretto al rendiconto della sua amministrazione ad ogni richiesta (249). Nella vicina Toscana i tutori debbono presentare al magistrato il rendimento de' conti sopra la loro gestione in ogni triennio e i curatori ogni anno (250). Negli stati ereditari Tedeschi e in Lombardia il rendiconto si dee prestar al giudice alla fine di ciascun anno, o al più tardi, ne' due mesi successivi (251). Nel Cantone del Ticino ogni anno alla municipalità, (252) e definitivamente terminata la cura o tutela (253). In Francia, nel Belgio, negli Stati Sardi, nelle due Sicilie e nel Ducato di Parma, terminato l' officio del

(248) Car. de Luc. de tut. disc. 4. n. 22. et in summ. de tutor. n. 19.
(249) Reg. giud. §. 1593.
(250) Instruzion. dell' 8. giugno 1782. art. 17.
(251) Cod Civ. Austr. art. 239.
(252) Cod. Tic. art. 143.
(253) Art. 104.

tutore (254); nulladimeno il tutore non è dispensato dall' obbligo di rimettere, anche durante la tutela, lo stato de' conti di sua amministrazione al tutore surrogato o al pro tutore, nel che le sopraddette legislazioni sono contrarie alla giurisprudenza Giustinianea (255).

(254) Cod. Civ. Franc. art. 459. Cod. Belg. cod. Cod. Albert. art. 345. Cod. delle D. S. art. 392. Cod. Parm. art. 272.

(255) Taglioni, Not. all' art. 470. Cod. Napol.

TITOLO XXI.

DELL' AUTORITÀ DE' TUTORI

SOMMARIO

I. *Formalità delle leggi romane.*

II. *Dell' alienazione dei beni dei pupilli = Costituzione degli Imperatori Severo e Costantino.*

III. *Negli odierni costumi ne' contratti fatti dal tutore la presenza del pupillo non è più necessaria.*

IV. *Odierne solennità circa i contratti de' pupilli.*

V. *Legislazione estera.*

I. I Romani, nelle formalità loro scrupolosissimi, furono di esse larghi abbastanza anche nelle tutele. Sarebbe stato inutile dar tutore ai pupilli, qualora il tutore non si fosse rivestito della rappresentanza del pupillo, tanto nelle operazioni vantaggiose, come gli acquisti, quanto nelle pericolose, come le alienazioni. Era dunque mestieri commettere al tutore un' autorità pressocchè simile a quella de' padri e de' padroni. Egli però non era nè l' uno, nè l' altro: e quindi si rese necessario l' introdurre alcune regole nell' esercizio della sua carica. Prima di prestare la sua autorizzazione, egli veniva anticamente interrogato, se voleva, o no, farsi autore dell' atto? s' egli affermava, l' atto si rendeva obbligatorio. Dietro questi principii, l' autorità del tutore veniva definita un atto legittimo, pel quale il tutore solennemente approva i negozi ed affari del pupillo, allorchè la sua condizione potrebbe farsi deteriore. Questa definizione ci fa conoscere che l' autorità del tutore integrava in certo qual modo la persona del pupillo; e che perciò era il pupillo, non il tutore, quegli che operava. Il che era conforme alle molte sottigliezze delle leggi Romane, fra le quali era pur massima che niuno potesse acquistare, se non col fatto proprio. A tal uopo elle con somma accuratezza distinsero l'età dei tutelati. Imperciocchè fu di assoluta necessità riconoscere che il tutore potesse far tutto, senza l' intervento di essi, qualora le forze mentali de' medesimi non fossero sufficienti a ponderare i propri interessi: la quale incapacità di forze intellettuali fu dalle leggi limitata all' infanzia; e perciò i pupilli maggiori di questa età potevano contrattare da loro medesimi, dovendo il tutore interporre la sua autorità, solamente per integrare la loro persona in tutti quegli affari che non fossero lucrosi acquisti (256).

(256) L. 5. l. 9. l. 11. de auct. tut. l. 2. l. 3. Cod. de auct. praest.

II. Ne' primi tempi di Roma l' autorità de' tutori era molto più estesa che sotto l' Impero. È opinione di molti che, vigendo la repubblica, l' alienazione delle cose spettanti a' pupilli, tanto mobili che immobili, potesse farsi semplicemente con l' autorità del tutore, salvo pertanto al pupillo o al minore il beneficio della restituzione in intero, qualora nell' atto o contratto vi fosse stata lesione. L' Imperatore Severo, forse mosso dagli abusi che indi nascevano, fu il primo a porre un limite a tale autorità, prescrivendo che nell' avvenire non fosse lecito a' tutori l' alienare i fondi rustici e suburbani (257). Siffatta costituzione però non comprendeva le altre cose, e perciò rimaneva a' tutori libera l' alienazione de' fondi urbani e de' mobili, senza che fosse mestieri di un decreto del giudice (258). A Costantino non piacque la costituzione di Severo, e la restrinse vie maggiormente, stanziando che i tutori e i curatori non solamente si dovessero astenere dall' alienazione di tutti gl' immobili, ma eziandio da quella de' mobili, qualora non si potessero comodamente conservare. E perciò, dopo la costituzione di Costantino, non rimase a' tutori altra facoltà che quella di alienare le cose difficili alla conservazione, come le vesti, i frutti dei predj, gli animali superflui ed altre di questo genere. Nelle alienazioni rimanenti era necessaria la cognizione della causa ed il decreto del giudice.

III. Non pochi sono i variamenti che i moderni costumi recarono sopra questa materia. Sono oggigiorno fuori di uso le antiche formalità sopra l' interrogazione de' tutori, e perciò la definizione delle leggi romane non mi sembra adattata all' odierna pratica. Gl' interpreti più recenti, conformandosi alla moderna giurisprudenza, con più retto consiglio definiscono l' autorità del tutore, una facoltà e potere comunicata al tutore dal testamento paterno, dalle leggi e dal giudice, diretta alla difesa del pupillo e alla retta amministrazione delle sue sostanze. Il foro per qualche tempo abbracciò le genuine teorie delle leggi romane sulla necessità della presenza del pupillo maggiore dell' infanzia negli affari amministrati dal suo tutore. La qual cosa somministrò materia a non poche dispute, e i tribunali medesimi spesso lasciarono la quistione indecisa, riputandola come un' articolo degno di più maturo esame (259). Io, per me, parlando sinceramente, ritengo esser questa una mera sot-

(257) L. 1. princ. ff. hoc tit.

(258) L. quae tutores, 22. Cod. de adm. tut. Richer, univ. civ. et crim. jur. Inst. lib. 1. tit. 22. §. 2086.

(259) Decis. 187. p. 10. rec. Decis. 296. part. 4. tom. 2. Decis 322. n. 14. 15. p. 14. rec.

tigliezza, e mi fa specie che in pratica abbia potuto seriamente intertenere anche i tribunali più illuminati. E in fatti, mentre la legge ritiene il pupillo come persona incapace, e gli nega la perfetta operazione del giudizio circa il volere o non volere, non veggo sopra qual ragione legale o naturale sia fondata la necessità del di lui intervento e consenso (260). Poco rileva che il pupillo maggiore dell' infanzia o prossimo alla pubertà possa talvolta essere capace di dolo. Imperciocchè simile distinzione sia propria del foro interno, e possa trovare applicazione in tutte quelle materie che risguardano le cose naturali, e sono di per se stesse intrinsicamente dannose; ma ne' contratti e ne' commerci, in cui di raro è bastante la pubertà perfetta, non solamente è assurda, ma eziandio irragionevole. La pratica dei tempi più moderni conobbe l' inutilità di tale sottigliezza, e l' abolì (261). Negli odierni codici d' Europa l' intervento de' pupilli non è più necessario (262).

IV. Per la validità delle alienazioni e contratti risguardanti le cose de' pupilli, il diritto romano ricerca l' intervento del tutore e il decreto del giudice, previa la cognizione della causa. I costumi particolari di ciascun luogo, qual più qual meno, regolarono questa materia con leggi speciali. Presso noi lo statuto di Roma (263), oltre l' intervento del tutore e il decreto del giudice, esigeva nelle alienazioni la presenza di due o più prossimi congiunti del pupillo, e, in mancanza di essi, l' intervento di uno speciale curatore. Altre solennita prescrisse Benedetto XIV, e queste, unite alle prime, formano oggigiorno parte dell' attuale giurisprudenza applicabile a tutte le persone dalla legge ritenute inabili ad obbligarsi (264). D' onde, secondo i presenti regolamenti, i pupilli, i minori e gl' interdetti, quantunque assistiti dal tutore, economo e curatore, abbisognando del decreto, per obbligarsi validamente, debbono proporre l'istanza, con mezzo di semplice memoria, al giudice del loro domicilio. Nella memoria oltre il nome e cognome, condizione e dimora de' contraenti, si debbono esprimere l' oggetto del contratto, i patti da stipularsi e le ragioni che ne dimostrano l' utilità (265). E ciò non basta, poichè se trattasi di rinuncia, di alienazione, di transazione,

(260) Card. de Luc. consil. obs. 6.

(261) Card. de Luc. de alienat. disc. 35. n. 16. in fin.

(262) Cod. Austr. lib. 1. tit. 5. cap. 2. sez. 9. Cod. Albert. lib. 1. tit. 9. cap. 2. sez. 9. Cod. Franc. lib. 1. tit. 10. cap. 2. sez. 8. Forti, Inst. civ. lib. 2. cap. 9. sez. 5. art. 2 §. 2.

(263) Cap. 113.

(264) Reg. giud. §. 52.

(265) Reg. giud. §. 1786.

di donazione fra' vivi e di malleveria, oltre la memoria, debb' essere presentato il parere motivato e giurato di uno e più giureconsulti (266) scelti nel ceto degli avvocati (267).

V. In tutti que' luoghi ove sono ammessi i consigli di famiglia, come in Francia nel Belgio, nelle due Sicilie ne' stati Sardi ec., il tutore non può alienare nè ipotecare i beni immobili del minore, nè prendere per lui danaro in prestito senza l' autorizzazione di un' assemblea famigliare. Tale assemblea non può accordare l' autorizzazione se non per causa di assoluta necessità o di evidente vantaggio; e le sue deliberazioni relative a questo oggetto non possono avere esecuzione, se non dopo che il tutore ne abbia chiesta ed ottenuta l' omologazione dal tribunale (268). Nelle transazioni, oltre l'autorizzazione del consiglio di famiglia, è necessario anche il parere di due o tre giureconsulti (269). Negli stati ereditari Tedeschi e in Lombardia il tutore non può, senza l' approvazione del giudice, alienare i beni immobili del minore, nè intraprendere cosa alcuna in tutti gli affari che non sono d' ordinaria economica amministrazione e che sono di maggiore importanza (270). Le leggi Toscane, esigendo che i tutori sieno autorizzati da decreto non solo nelle alienazioni, ma in tutti i contratti che possono importare qualche pregiudizio al pupillo, sono pressocchè simili alle nostre (271).

§. Tutor, 2.

SOMMARIO

Negli odierni costumi la ratifica del tutore dee confermare l' atto inutile del pupillo.

Vogliono le leggi Romane che dovendo il tutore prestare la sua autorizzazione per un negozio utile al pupillo, sia presente nello stesso atto del contratto. S' egli per avventura abbia interposto la sua autorità dopo qualche tempo, comecchè brevissimo, la ratifica è inutile e il con-

(266) Reg. giud. §. 1787.
(267) Id. §. 1380.
(268) Cod. Civ. Franc. Cod. delle D. S. Cod. Albert. passim vel tit. dell' amm. del tut. Loi. Belg. sur la vente des biens. des mineurs. Bull. offic. 12. juin. 1816. n. 31.
(269) DD. CC. dd. 11.
(270) Cod. Civ. Austr. art. 232. 233. e seg.
(271) Legge del 15. Nov. 1814. art. 52.

tratto è nullo. La ragione più probabile di tale disposizione è che l'autorità del tutore viene considerata come un atto legittimo e gli atti legittimi non ammettono procuratore, tempo, nè condizione. Una legge di tal sorta avrà avute le sue buone ragioni ne' tempi in cui fu fatta, ma negli odierni costumi la ritengo per sottile ed inutile. La ratifica equivale al consenso e al mandato, e per nuova legge di Giustiniano conferma tutte quelle cose che dapprincipio erano inutili (272). Si aggiunga che oggigiorno è tolta dall'uso la solenne formalità, con cui domandavasi al tutore, se voleva, o no, farsi autore dell'atto (273), e perciò sono di avviso che, abolita la scrupolosa sottigliezza di questo paragrafo, la ratifica del tutore possa oggigiorno retroagire e confermare l'atto inutite del pupillo (274), qualora esso non sia di tal natura che per la validità abbia bisogno delle solennità prescritte dalle vigenti leggi (275).

§. Si inter, ult.

SOMMARIO

I. *Esposizione del testo.*
II. *Il creditore o debitore non può essere tutore del pupillo.*
III. *Eccezione.*
IV. *Legislazione estera.*

I. Dice Giustiniano che se tra il tutore e il pupillo sia imminente qualche giudizio, si debba in sua vece costituire un curatore, mentre sarebbe un assurdo che il tutore prestasse l'autorizzazione ne' propri affari. Terminato il giudizio, termina eziandio l'officio del curatore.

II. Giova avvertire che prima di Giustiniano il creditore o debitore del pupillo potevano, non ostante, assumere l'officio di tutori, e la legge gli autorizzava a pagarsi del proprio avere co' beni del pupillo (276). Niuno può negare che ciò fosse pericoloso, mentre il tutore sotto il presidio delle leggi poteva a suo piacimento invertire gl'istromenti, e riportare lucrose cessioni in danno de' terzi e del pupillo medesimo.

(272) L. ult. Cod. ad SC. Maced.
(273) Veggasi quello che abbiamo detto nel princ. di questo titolo.
(274) Autumn. Confer. in l. obligari 9. §. tutor. 5. ff. hoc. tit.
(275) Reg. giud. §. 52.
(276) L. 13. ff. de neg. gest. l. 58. §. 1. de contr. empt.

Giustiniano, volendo provvedere a tale inconveniente, mediante sua nuova costituzione stabilì che il creditore o debitore del pupillo non potessero a patto veruno assumere la tutela di lui, divisando, in caso contrario, la pena della perdita dell' azione pel primo, e quella del duplice pagamento pel secondo (277). E siccome il debito o il credito poteva nascere anche dopo assunta la tutela, volle che in questa ipotesi fosse al tutore aggiunto un curatore perpetuo, non temporaneo (278). Ora, avendo l' Imperatore esclusi dalla tutela quelli che per qualche ragione potrebbero implicare gli affari de' loro tutelati, saggiamente osserva il Vinnio, e con esso altri Dottori, che la disposizione di questo paragrafo oggigiorno è quasi superflua.

III. Nulladimeno dalla regola sopra esposta, secondo la comune opinione de' Dottori e la pratica del foro, vengono eccettuati; I. La madre tutrice legittima de' figli, (279). II. Il padre e l' avo (280). III. I tutori testamentari, qualora appaia che il testatore non ignorasse la condizione delle persone (281). E finalmente IV. quelli, il di cui debito e credito sia di poco rilievo, cessando in essi la presunzione del dolo (282).

IV. Le moderne legislazioni Italiane sono in gran parte conformi al diritto Giustinianeo. Le leggi Toscane esigono che il tutore, il quale prima della tutela abbia de' rapporti di dare ed avere col pupillo, domandi al giudice, prima di assumere l' amministrazione, un curatore per liquidare questi rapporti, e ne presenti egli stesso la liquidazione all' approvazione del giudice (283). Il codice Austriaco dichiara incapace alla tutela chi è inviluppato in lite col minore o potrebbe esserlo per pretensioni non ancora liquidate (284). La legislazione Francese e quella degli stati Sardi sembra a tal' uopo esigere una lite di qualche rilie-

(277) Auth. minoris, Cod. qui dare tut.

(278) Nov. 72. cap. 1. 2.

(279) Auth. ad hoc. Cod. quand. mul. tut. off. Card. de Luc. de tutor. disc. 4. N. 5.

(280) Sande, lib. 2. tit. 9. def. 2. Vinnio, hic in fin. Brunemm, in d. Auth. minoris n. 12.

(281) Montan. de tutel. c. 9. n. 67. Ant. Fabr. Cod. suo for. lib. 5. tit. 20. def. 1.

(282) Molin. de just. et jur. disp. 221. n. 11. Brunemm in d. Auth. in fin. Card. de Luc. de tutor. disc. 4. n. 4. ed altri ivi allegati.

(283) Legge del 15. Nov. 1814. art. 65.

(284) Cod. Civ. Austr. art. 193.

vo (285). Il codice Parmense (286), il codice Ticinense, (287) e il codice Guglielmo (288) non escludono dalla tutela i debitori o creditori, ma tuttavia ingiungono loro l' obbligo di fare la dichiarazione del debito o credito nell' inventario sotto pena della perdita.

(285) Cod. Civ. Franc. art. 422. Cod. Albert. art. 302. n. 5.
(286) Art. 233. e seg.
(287) Art. 132.
(288) Art. 53.

TITOLO XXII.

IN QUALI MODI TERMINI LA TUTELA

SOMMARIO

I. *Della cura.*
II. *Negli odierni costumi l' età pupillare si confonde colla minore.*

I. L' età di quattordici anni ne' maschi, di dodici nelle femmine termina la tutela. Dopo questa età, ne' primi tempi di Roma, gli uomini diventavano liberi, padroni di sè stessi e de' loro beni. La legge delle XII. tavole, la quale aveva stabilito la tutela, non avea pensato alla cura che pei furiosi e pei prodighi. Siccome non era sopra essa alcuna sanzione legale, così reputavasi come disonorevole il dar curatore a chi non avesse avuto alcuno de' summentovati difetti. Lo spirito di libertà, proprio di que' tempi, non influiva poco a dar peso a tale opinione. Ma il porre in balla di sè stesso un essere che non avea peranco abbastanza di senno per fare buon' uso della libertà, e che per mancanza di esperienza dovea facilmente esser la vittima degli inganni de' più astuti, non potea produrre che pessime conseguenze. Ne' tempi in cui il disordine e il rilassamento non erano penetrati nella gioventù romana, fu stimato opportuno di deputare un curatore a' minori di venticinque anni, qualora, previo l' esame della dimanda, l' avessero chiesto. Mutati i costumi, e crescendo, specialmente a' tempi di Catilina e sotto gl' Imperatori, la prodigalità, il lusso, il piacere de' divertimenti e il mal costume, fu emanata una legge, la quale viene attribuita a M. Antonino, in forza di cui venne stanziato, si deputasse a minori il curatore, senza bisogno d' inquisizione o esame. È ben vero che questa legge non costringeva la gioventù direttamente a domandare il curatore, ma nulladimeno la costringeva indirettamente; avvegnacchè niuno potesse uscire della tutela fino a tanto che non avesse chiesto la cura, ed era senza dubbio assai meglio assoggettarsi al curatore che al tutore, mentre il primo era meno imponente del secondo.

II. Conforme i nostri costumi e quelli di tutta Italia la pubertà non termina la tutela. La maggior parte degli odierni codici, confondendo l' età minore con la pupillare, pone la cessazione della tutela secondo il termine prescritto all' età minore. La qual' età presso noi, in Toscana, in Francia, negli stati Sardi, nel Belgio, nelle due Sicilie e nel

Ducato di Parma è di ventun' anno compiti (289), negli stati ereditari Tedeschi e in Lombardia, di ventiquattro (290), nel Cantone del Ticino, di venti (291).

§. Pupilli.

Della pubertà del maschio e della femmina : Osservazioni.

La natura più prodiga verso le femmine che verso i maschi, accelerò nella prima la potenza alla generazione, e perciò tanto le leggi Canoniche quanto le civili le ritengono puberi, perfette ed abili al matrimonio, allorchè abbiano compiuto l' anno duodecimo: ne' maschi lo sviluppo opera più lentamente, e perciò non si reputano perfetti ed abili alla procreazione, se non compiuto l' anno decimoquarto. Questa disuguaglianza fra l' uno e l' altro sesso venne dalla medesima natura bilanciata nella ritenzione e progresso di tale potenza; i maschi sono riputati abili alla procreazione sino all' anno settantesimo, laddove le femmine difficilmente pervengono al cinquantesimo. Tutto questo peraltro è una semplice disposizione macchinale e fisica della natura, totalmente separata e distinta dagli altri suoi benefici circa le forze intellettuali. Essa non può operare che nel matrimonio e non nel resto, giacchè, come osservano il Cabanis, il Carmignani ed altri, gli stessi organi della generazione non poco influiscono sull' economia dell' umana intelligenza. La midolla cerebrotica delle femmine è più molle che quella de' maschi, e per conseguenza sono in esse più deboli le forze dello spirito, più deboli i mezzi dalla natura destinati all' acquisto delle idee. Non so adunque vedere per qual ragione le romane leggi estendano questa differenza di pubertà a quegli atti, ne' quali è necessaria la perfezione del giudizio, come l' esenzione della tutela e la facoltà di fare testamento, accordando ne' dodici anni alle donne quello che non accordano, se non ne' quattordici anni agli uomini. Io, per me, sostengo francamente che la disposizione di questa legge non è basata sopra alcuna ragione naturale. Tre sono i gradi, pe' quali si giunge

(289) Reg. giud. §. 5. FORTI, Inst. civ. lib. 2. cap. 9. sez. 6. COD. CIV. FRANC. art. 288. COD. IN VIG. NEL BELG. eod. COD. ALBERT. art. 244. COD. DELLE D. S. 311. COD. PARM. art. 156.

(290) COD. CIV. AUSTR. art. 21.

(291) COD. TICIN. art. 109.

alla perfezione. L' infanzia, la pubertà e l' adolescenza. Dove la donna in effetto fosse capace di migliore intelligenza nel secondo grado, dovrebbe a proporzione esserlo anche nel primo e nel terzo; nulladimeno tanto in quello che in questo la condizione dell' uomo e della donna è la medesima. Che più? Mentre le antiche leggi concedono alla femmina sopra il maschio una prerogativa di tal fatta negli anni della pubertà, gli odierni costumi negli anni dell' ulteriore giovinezza, nell' età di mezzo e persino nella vecchiezza la dichiarono imperfetta, imbecille, inabile all' amministrazione de' propri beni ed affari, sottoponendola, al par de' minori, all' assistenza del giudice, de' parenti più prossimi e del curatore. Vuolsi adunque conchiudere che la disposizione di questo paragrafo, la quale attribuisce due anni prima maggior perfezione di giudizio al sesso più debole, è manifestamente assurda; giacchè, secondo l' ordine di natura, altra è l' attitudine al matrimonio, altra la perfezione morale dell' intelletto.

§. Item finitur, 1.

SOMMARIO

La morte civile del pupillo negli odierni costumi è impossibile.

Dal tenore di questo paragrafo appare che presso i Romani la tutela poteva cessare mediante la morte civile del pupillo. Negli odierni costumi la morte civile del pupillo è un caso impossibile (292). L' attuale Pontificia legislazione, quanto alle pene rapporto a' minori, distingue tre periodi di età: il primo dagli anni dieci ai quindici, il secondo dai quindici ai diciotto, il terzo dai diciotto ai venti. Nel primo la pena non può essere che la detenzione per un tempo non minore di due mesi, nè maggiore di tre anni, nel secondo la detenzione temporanea minore di due gradi rispetto alla pena dovuta al delitto: nel terzo la punizione ha un grado minore della pena ordinaria (293). Nel regno delle due Sicilie, in materia di delitto, i fanciulli minori di anni nove sono esenti da ogni pena; ne sono egualmente esenti i minori di anni quattordici quando si decida che abbiano agito senza discernimento; ma dove siavi concorso discernimento, godono una diminuzione della pena ordinaria.

(292) Forti, Inst. civ. lib. 2. cap 9.
(293) Reg. pen. art. 27. N. 1 · 2. 3.

Quando il colpevole abbia compiuto l'anno quattordicesimo, ma non sia giunto all' età di diciottó anni, altro riguardo non gode se non la diminuzione sola della pena (294).

§. Sed et capitis, 4.

SOMMARIO.

La diminuzione del capo massima oggigiorno sospende ogni genere di tutela, e la minima non toglie la legittima.

La diminuzione di capo massima e media del tutore toglie affatto ogni tutela tanto testamentaria che legittima e dativa: la minima toglie soltanto la legittima, cessando in tal caso l' agnazione, in forza di cui vien deferita (295). Negli odierni costumi la captività non fa cessare la tutela in genere; ma ne sospende solamente l' esercizio (296), e la diminuzione del capo minima non toglie la legittima; mentre per diritto nuovissimo Giustinianeo la tutela legittima è dovuta tanto agli agnati che ai cognati più prossimi (297).

(294) Cod. pen. art. 64. 65. 66.
(295) §. ult. Inst. de legit. agn. tut.
(296) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. si ab hostibus, 5. Inst. quib. mod. jus. patr.
(297) Nov. 118 cap. 5.

TITOLO XXIII.

DEI CURATORI

SOMMARIO

Gli offici di tutore e curatore oggigiorno sono indistinti.

L' officio del curatore è di gran lunga distinto da quello del tutore. Poco giova riferirne la differenza, essendo di ciò bastantemente provveduti tutti i libri degli Interpreti. Basta solo accennare che negli odierni costumi di quasi tutte le nazioni l' officio dell' uno e dell' altro è per lo più riunito nella medesima persona; giacchè, come osservammo nel principio del titolo antecedente, le moderne legislazioni, conformandosi ad una consuetudine già universalmente abbracciata (298), confusero l' età pupillare con la minore, rimanendo per tal modo a' tutori, anche dopo la tutela, il nome improprio di tutore.

§. Masculi.

Secondo le leggi romane l' età minore è fissata agli anni venticinque compiti. Oggigiorno è fissata secondo le leggi particolari di ciascun paese, e negli stati Italiani non supera l' età dei ventiquattro (299).

§. Dantur, 1.

SOMMARIO

Nelle vigenti legislazioni la tutela e la cura sono fra esse indistinte.

La tutela è di tre sorta; testamentaria, legittima e dativa: la cura, salvo quella de' furiosi e de' prodighi, non è che dativa; giacchè i curatori non si possono dare per testamento, ma solo dal giudice (300). La ragione è, perchè la legge delle XII. tavole non fece alcuna dispo-

(298) Grozio, Introd. l. 1. part. 7. n. 1. Vinnio, hic et princ. n: 3. tit. seq. Cristin. vol. 3. Decis. 148. n. 14. Montan. de tutel. c. 37 n. 86. Gail, 1. 2. obs. 96. n. 1. Argentr. ad consuet. Brit. art. 474. glos. 2. Autumn. Confer. tit. cod. in quib. caus. tut. habent. tut. dar.

(299) Veggasi quello che abbiamo detto nel titolo antecedente.

(300) L. 1. Cod. de test. tut.

sizione sopra la cura, e perciò i puberi, se vogliono, possono amministrare le cose loro di per sè stessi. Negli odierni costumi la tutela e la cura, l' età impubere e la minore sono fra esse indifferenti, e perciò, non ostante la disposizione di questo paragrafo, può essere dato per testamento tanto il tutore che il curatore (301).

§. Item, 2.

SOMMARIO

Uso del presente paragrafo.

Dice Giustiniano che gli adolescenti non si possono loro malgrado costringere a ricevere il curatore, salvo il curatore in lite. Le parole di questo paragrafo non sono da tutti i Dottori interpretate nello stesso significato. Alcuni sono di parere che Giustiniano abbia voluto esprimere potersi dare curatore solamente a que' minori che consentono a prenderlo di buon grado, e che però non siano costretti a sottostarvi loro malgrado. Altri stimano ch' egli abbia voluto significare che la scelta del curatore è rimessa nell' arbitrio de' minori medesimi. Che che però ne sia della mente di Giustiniano, certo è che in foro la disposizione di questo paragrafo è di poco o niun uso (302).

§. Furiosi, 3.

SOMMARIO

I. *La cura legittima secondo gli odierni costumi appartiene tanto agli agnati che a' cognati più prossimi.*
II. *Legislazione estera.*

I. I furiosi e i prodighi, quantunque maggiori di età, sono per legge delle XII. tavole nella curatela degli agnati: nulladimeno, mediante inquisizione, possono dare tutore a' prodighi e furiosi il prefetto della Città, i pretori in Roma e i presidi nelle provincie. Quali sieno oggi-

(301) Veggasi quello che abbiamo detto nel princ. di questo titolo e dell' antecedente, e l' art. 245. Cod. Albert. e l' art. 598. Cod. Franc. junct. art. 392.

(302) Vinnio, hic. in princ. Richer univ. civ. et crim. jur. Inst. lib. 1. tit. 19. §. 1656. Veggasi ciò che abbiam detto nel principio di questo tit. e del tit. ant.

giorno i magistrati, cui spetta dar curatore a' prodighi e a' furiosi viene determinato dagli attuali regolamenti (303). Tolta da Giustiniano la differenza fra l' agnazione e la cognazione, questa sorta di cura appartiene tanto agli agnati che a' cognati più prossimi (304). La legislazione Pontificia, disponendo che nella scelta del curatore debbano essere preferiti i congiunti più prossimi dell' interdetto (305), sembra più estesa del diritto Giustinianeo.

II. Il Codice di Francia differisce dalla legislazione Pontificia. Presso noi, come negli stati ereditari Tedeschi e in Lombardia (306), tanto al demente, quanto al prodigo, si assegna il curatore; ma in quella nazione i dementi e i furiosi s' interdicono (307), e al prodigo all' opposto si assegna un consulente giudiziario (308) senza l' assistenza del quale non può stare in giudizio, transigere, prender danaro a prestito, riscuoter danari e farne quietanza, nè alienare e ipotecare i suoi beni (309). All' interdetto non si da curatore, ma un tutore ed un surrogato tutore, e questa specie di tutela è sempre dativa (310). La legislazione del regno di Napoli è in tutto consimile a quella di Francia (311). Negli stati Sardi tanto al furioso che al prodigo viene deputato il tutore (312). Il consulente giudiziario non ha luogo, se non quando dalle informazioni non risultino cause sufficienti per devenire all' interdizione assoluta (313).

§. Interdum, 5.

SOMMARIO

I. *La regola del presente paragrafo oggigiorno non ha luogo.*
II. *Legislazione straniera.*

I. È regola generale delle leggi romane che non si possa dar tutore a quello che ha già tutore (314). Gl' interpreti cercarono investigare

(303) Veggasi il Reg. giud. tit. 16. sez. 10 cap. 1. 2.
(304) Veggasi quello che abbiamo detto nel princ. del tit. 15.
(305) Reg. giud. §. 1589.
(306) Cod. Austr. art. 270.
(307) Art. 489.
(308) Art. 513.
(309) D. Art. 513.
(310) Art. 505.
(311) Veggasi il Cod. delle D. S. art. 412. 436.
(312) Cod. Albert. art. 387.
(313) Art. 380.
(314) L. cum jure 9. Cod. qui pet. tut. l. si sororis 9. Cod. qui dar. tut.

la ragione di questa legge, e parecchie n' esposero. Il Wessembecio dice che siccome il tutore s' intende dato alla persona del pupillo, non che a tutto il patrimonio di lui (315), così non se gli può, finche rimane tutore, togliere suo malgrado questo diritto, senza sua grave ingiuria, coll' aggiungergli un altro tutore. Nulladimeno le medesime leggi romane, ciò non ostante, concessero che si potesse al tutore aggiungere un curatore, e in molti casi anche il tutore (316). Negli odierni costumi i nomi di tutore e curatore vengono usurpati promiscuamente (317), e perciò non dubito che questa regola non sia di alcun uso (318).

II. Presso, noi qualora vi sia di mezzo l' utile del pupillo, si può dare al tutore un aggiunto (319). In Francia e nel reame di Napoli in ogni tutela debb' essere un tutore surrogato che si nomina dal consiglio di famiglia (320). La giurisprudenza degli stati Sardi ha seguito lo stesso principio (321). In tutte queste legislazioni l' officio dell' aggiunto, del tutore surrogato, o del pro tutore consiste nell' agire per gl' interessi del minore, allorchè questi si trovano in opposizione con quelli del tutore (322).

(315) §. Datus, 17. infr. de excusat.

(316) L. propter litem, 21. §. ult. de excusat. l. tutores. 39. §. patruus, 18 de adm. tut. l. pen. de tut. l. 12. et l. 15. eod. l. pen. Cod. in quib. caus. tut. hab.

(317) Veggasi quello che abbiamo detto in princ. di quest. tit. e dell' antec.

(318) Card. de Luc. de tut. in summ.

(319) Card. de Luc. de tut. in summ.

(320) Cod. Franc. art. 420. Cod. delle D. S. art. 342.

(321) Cod. Albert. art. 275.

(322) Card. de Luc. d. loc. Cod. civ. Franc. d. art. 420. Cod. delle D. S. d. art. 342. Cod. Albert. d. art. 278.

TITOLO XXIV.

DELLA SATISDAZIONE DE' TUTORI E CURATORI

SOMMARIO

I. *La materia delle sicurtà per mallevadori è di poco uso.*

II. *Abolizione de' privilegi da Giustiniano accordati a' tutori testamentari e dativi.*

III. *Legislazione estera.*

I. Il tutore o il curatore amministra le altrui sostanze, cioè quelle del pupillo, e prudentemente le romane leggi stabilirono ch' egli dovesse dare una sicurezza per conto della sua amministrazione. Oltre il giuramento, la sicurezza dalle leggi richiesta chiamasi satisdazione. Ella altro non è che una garanzia data mediante mallevadori; giacchè essendo incerto il danno che può derivare da simile amministrazione non si potea facilmente definire quanto di beni s' avesse a costituire in pegno (323). Sono da quest' obbligo esentati tutti i tutori testamentari (324); fra' legittimi i patroni (325) e fra' dativi, quelli che vengono dati mediante inquisizione (326). Siccome le antiche leggi avevano in tal modo garantito gl' interessi del pupillo e del minore, così non gli accordarono altro privilegio, salvo la prelazione fra' creditori chirografari de' loro tutori e curatori. Giustiniano però, forse meglio informato che questa specie di garanzia non era sufficiente, in luogo di detto privilegio concesse a' minori e pupilli una tacita ipoteca legale sopra tutti i beni degli stessi curatori e tutori (327). Dietro questo ultimo privilegio, negli odierni costumi assai meglio regolato, la materia delle sicurtà per mallevadori divenne di poco uso nel foro (328).

II. Prima del nuovo sistema ipotecario quasi tutte le ipoteche legali erano tacite, la qual cosa, come altrove osservammo (329), recava non pochi inconvenienti negl' interessi de' terzi. Dietro il sistema di pubbli-

(323) Vinnio, in §. 1. Inst. princ. hoc. tit.
(324) L. testamentum, 17. de test. tut.
(325) L. 5. §. 1. de legit. tut.
(326) Hic et l. pen. Cod. dict. tit.
(227) L. 20. Cod. de adm. tut. l. unic. §. 1. de rei uxor. act.
(328) Voet, comm. ad Pand. lib. 26. tit. 6. n. 2. Forti, Inst. civ. lib. 2. cap. 9. sez. 5. art. 2. §. 2. in fin.
(329) Veggasi quello che abbiamo detto nel libro XX. tit. 1. Pand.

cità, carattere essenziale dell'attuale legislazione ipotecaria, tutte le ipoteche legali debbono esser note; e però sono anch' esse soggette all' iscrizione. Le nostre leggi presenti, conformandosi alle disposizioni del diritto Giustinianeo, accordano un' ipoteca, indipendentemente dai giudicati e dalle convenzioni, a' pupilli ed a' minori sopra i beni presenti e futuri dei tutori e curatori per le obbligazioni derivanti dalla loro amministrazione (330). Tale ipoteca debb' essere iscritta a diligenza degli stessi tutori e curatori, allorchè assumono la tutela o la cura, e del cancelliere o notaio, per di cui ministero viene esteso e stipulato l' atto di assunzione; il tutore, il curatore, il cancelliere o notaio sono tenuti solidalmente (331). Indi appare che il privilegio dalle romane leggi concesso a' tutori dativi, oggigiorno è di niun uso, come pure è di niun uso il privilegio concesso a' testamentari (332). La solennità del giuramento è nuovamente confermata dalle leggi moderne. Nominato che sia il tutore o curatore, e fattogli l' intimo di assumere la tutela (333) prima di entrare nell' esercizio delle sue funzioni, dee prestare nella cancelleria del tribunale che l' ha nominato, il giuramento di bene e fedelmente adempiere il proprio officio, e di render conto della sua amministrazione ad ogni richiesta (334).

III. La legislazione degli stati Sardi è consimile alla nostra, salvo che l' obbligo d' iscrivere le ipoteche corre pe' tutori e curatori fra due mesi dal giorno dell' accettazione della tutela (335). Del resto, credo che fra l' accettazione e l' assunzione non sia differenza alcuna; giacchè accettare la tutela non è altro che entrare nell' amministrazione. Il codice di Francia ha sanzionato anch' esso questa ipoteca legale, ma ivi ella esiste indipendentemente da qualunque iscrizione (336). In Toscana si richiede la giurata promessa di bene e fedelmente amministrare da tutti i tutori dativi, e l' assicurazione di questa promessa per mezzo di mallevadori, qualora per altro il magistrato non creda superfluo il richiedere quest' ultima sicurtà, conoscendo in altro modo bene assicurato dalla legge l' interesse del pupillo (337). Ma la madre, a cui la legge deferisce la tutela legittima, dee obbligare per officio del magistrato la

(330) Reg. giud. §. 117.
(331) Reg. giud. §. 134.
(332) Card. de Luc. de tut. in summ. n. 34. arg. §. 134. reg. giud.
(233) Reg. giud. §. 1606.
(134) Reg. giud. §. 1593.
(335) Cod. Albert. art. 2223.
(336) Cod. civ. Franc. art. 2135.
(337) Istruzioni del 20 agosto, 1827. art. 7. 8.

TITOLO XXII.

IN QUALI MODI TERMINI LA TUTELA

SOMMARIO

I. *Della cura.*

II. *Negli odierni costumi l' età pupillare si confonde colla minore.*

I. L' età di quattordici anni ne' maschi, di dodici nelle femmine termina la tutela. Dopo questa età, ne' primi tempi di Roma, gli uomini diventavano liberi, padroni di sè stessi e de' loro beni. La legge delle XII. tavole, la quale aveva stabilito la tutela, non avea pensato alla cura che pei furiosi e pei prodighi. Siccome non era sopra essa alcuna sanzione legale, così reputavasi come disonorevole il dar curatore a chi non avesse avuto alcuno de' summentovati difetti. Lo spirito di libertà, proprio di que' tempi, non influiva poco a dar peso a tale opinione. Ma il porre in balìa di sè stesso un essere che non avea peranco abbastanza di senno per fare buon' uso della libertà, e che per mancanza di esperienza dovea facilmente esser la vittima degli inganni de' più astuti, non potea produrre che pessime conseguenze. Ne' tempi in cui il disordine e il rilassamento non erano penetrati nella gioventù romana, fu stimato opportuno di deputare un curatore a' minori di venticinque anni, qualora, previo l' esame della dimanda, l' avessero chiesto. Mutati i costumi, e crescendo, specialmente a' tempi di Catilina e sotto gl' Imperatori, la prodigalità, il lusso, il piacere de' divertimenti e il mal costume, fu emanata una legge, la quale viene attribuita a M. Antonino, in forza di cui venne stanziato, si deputasse a minori il curatore, senza bisogno d' inquisizione o esame. È ben vero che questa legge non costringeva la gioventù direttamente a domandare il curatore, ma nulladimeno la costringeva indirettamente; avvegnacchè niuno potesse uscire della tutela fino a tanto che non avesse chiesto la cura, ed era senza dubbio assai meglio assoggettarsi al curatore che al tutore, mentre il primo era meno imponente del secondo.

II. Conforme i nostri costumi e quelli di tutta Italia la pubertà non termina la tutela. La maggior parte degli odierni codici, confondendo l' età minore con la pupillare, pone la cessazione della tutela secondo il termine prescritto all' età minore. La qual' età presso noi, in Toscana, in Francia, negli stati Sardi, nel Belgio, nelle due Sicilie e nel

Ducato di Parma è di ventun' anno compiti (289), negli stati ereditari Tedeschi e in Lombardia, di ventiquattro (290), nel Cantone del Ticino, di venti (291).

§. Pupilli.

Della pubertà del maschio e della femmina:
Osservazioni.

La natura più prodiga verso le femmine che verso i maschi, accelerò nella prima la potenza alla generazione, e perciò tanto le leggi Canoniche quanto le civili le ritengono puberi, perfette ed abili al matrimonio, allorchè abbiano compiuto l' anno duodecimo: ne' maschi lo sviluppo opera più lentamente, e perciò non si reputano perfetti ed abili alla procreazione, se non compiuto l' anno decimoquarto. Questa disuguaglianza fra l' uno e l' altro sesso venne dalla medesima natura bilanciatá nella ritenzione e progresso di tale potenza; i maschi sono riputati abili alla procreazione sino all' anno settantesimo, laddove le femmine difficilmente pervengono al cinquantesimo. Tutto questo peraltro è una semplice disposizione macchinale e fisica della natura, totalmente separata e distinta dagli altri suoi benefici circa le forze intellettuali. Essa non può operare che nel matrimonio e non nel resto, giacchè, come osservano il Cabanis, il Carmignani ed altri, gli stessi organi della generazione non poco influiscono sull' economia dell' umana intelligenza. La midolla cerebrotica delle femmine è più molle che quella de' maschi, e per conseguenza sono in esse più deboli le forze dello spirito, più deboli i mezzi dalla natura destinati all' acquisto delle idee. Non so adunque vedere per qual ragione le romane leggi estendano questa differenza di pubertà a quegli atti, ne' quali è necessaria la perfezione del giudizio, come l' esenzione della tutela e la facoltà di fare testamento, accordando ne' dodici anni alle donne quello che non accordano, se non ne' quattordici anni agli uomini. Io, per me, sostengo francamente che la disposizione di questa legge non è basata sopra alcuna ragione naturale. Tre sono i gradi, pe' quali si giunge

(289) Reg. giud. §. 5. Forti, Inst. civ. lib. 2. cap. 9. sez. 6. Cod. civ. Franc. art. 288. Cod. in vig. nel Belg. eod. Cod. Albert. art. 244. Cod. delle D. S. 311. Cod. Parm. art. 156.

(290) Cod. civ. Austr. art. 21.

(291) Cod. Ticin. art. 109.

TITOLO XXV.

DELLE SCUSE DE' TUTORI E CURATORI

SOMMARIO

Le quistioni sopra le scuse de' tutori oggigiorno sono rarissime.

L' officio della tutela e della cura è debito civile, e chiunque vi sia invitato non può esentarsene. Quegli che ricusasse subire questo peso solamente pel suo privato vantaggio, non sarebbe che un' egoista, e saviamente le leggi il puniscono con multe o mortificazioni afflittive. Era però necessario che mentre le leggi imponevano un obbligo, prevedessero quelle giuste cause che da quest' obbligo potessero dispensare. Tutte le moderne legislazioni hanno particolarmente definito le cause dell' esecuzione, e perciò in esse poco giovano le disposizioni del diritto romano sopra tale materia. In foro le questioni sopra le scuse de' tutori e curatori sono oggigiorno rarissime, avvegnacchè in pratica difficilmente si commetta quest' officio a chi mostra d' intraprenderlo suo malgrado (345).

§. Excusantur.

SOMMARIO

Riparto de' pesi fra' cittadini.

Il numero de' figli è buona scusa per l' esenzione della tutela presso tutte le nazioni. V' ha però qualche differenza sulla ragione di queste scuse fra l' antica e la moderna legislazione, imperciocchè anticamente lo spirito di tale disposizione fosse quello di favorire il matrimonio e la procreazione della prole, ma oggigiorno sia quello di mantenere un qualche riparto di pesi fra' cittadini. Noto di passaggio che si contano nel numero de' figli quelli che non sono anco nati, sebbene siano concepiti. I nipoti poi ed altri discendenti de' figli morti si contano come rappresentanti la persona del padre. Quindi molti figli di un figlio premorto formano una persona sola (346). Quasi tutte le moderne legi-

(345) Card. de Luc. de tutor. in summ. n. 27.
(346) L. 2. §. 2. ff. de excus. tut. l. 1. Cod. qui num. lib. se exc.

slazioni Italiane e straniere concordano pienamente con la disposizione del presente paragrafo (347). In Toscana però il numero de' figli è limitato a' quattro (348).

§. Item Divus, 1.

SOMMARIO

Dell' esenzione della tutela

Gli amministratori delle cose fiscali sono esenti dal peso della tutela e della cura. Molte però sono le rimanenti persone, cui le romane leggi concedono questo privilegio: gli esattori de' tributi (349), i coloni patrimoniali (350), e altri, cui il Principe abbia commesso la cura di qualche officio, vi sono inclusi. Del resto, oggigiorno la forma dell' antico governo è mutata, la giurisdizione degli antichi magistrati è ristretta, gli offici meno estesi, l' amministrazione politica, giudiziaria e municipale di gran lunga diversa. Sarebbe quindi più acconcio che le nuove leggi determinassero specialmente quali debbono essere oggigiorno i magistrati esenti da questo peso, senza prendere argomento dalle leggi romane. Nel che convengono tutte le moderne legislazioni (351).

§. Item propter, 4.

SOMMARIO

Inutilità del presente paragrafo.

Non è giusta causa di scusa se il tutore abbia una qualche lite col pupillo, mentre in questo caso si deputa al pupillo un curatore, finchè il giudizio sia terminato (352). Nulladimeno se la lite sia sopra

(347) Veggasi il Cod. Civ. Austr. art. 195. Cod. delle D.S. art. 359. Cod. Civ. Franc. art. 436. Cod. Albert., art. 296.

(348) Legge del 15. nov. 1814. art. 62.

(349) L. exactores. 10. Cod. hoc tit.

(350) L. ult. Cod. qui. dar. tut.

(351) Veggasi il Cod. Austr. art. 195 Cod. Franc. art. 427. Legge Toscana del 15. nov. 1814. art. 62. e del 28. marzo 1831. Cod. Albert. art. 287. Cod. Parmens. art. 218. Cod. delle D. S. art. 349. 350. 364. Cod. Guglielm. art. 33.

(352) §. ult. de auct. tut.

tutta l' eredità, o sopra la maggior parte de' beni, la scusa può essere valutata. Oggi però tutta questa disputa è inutile, giacchè mediante nuovissima costituzione di Giustiniano (353) niun creditore o debitore può esercitare l' officio della tutela o cura (354).

§. Similiter, 8.

SOMMARIO

Se l'imperizia delle lettere debba oggigiorno esimere dal peso della tutela.

Dice Giustiniano che l' imperizia delle lettere può somministrare una causa per esimersi dalla tutela, quantunque anche gl' imperiti sieno abili all' amministrazione. Paolo, all' opposto (355); dice non doversi accettare la scusa di quello che nega sè essere versato nelle lettere, qualora non sia incapace dell' amministrazione. Questi due testi sono fra loro apertamente contrari. Non ignoro che alcuni, per conciliare Giustiniano con Paolo, vollero che i vocaboli *quantunque anche* (quamvis et) posti nel presente paragrafo si dovessero interpretare come dicessero *eccettuato se* ec. (356). La qual interpretazione è per certo contraria a tutte le regole e buon' uso della lingua latina. Altri stimarono che Giustiniano abbia voluto abrogare la disposizione dell' antico diritto, (357) ma questo paragrafo è mancante della solita intemerata Giustinianea, la quale vaglia a persuadercene. Io, per me, sono di avviso che, siccome gl' imperiti non debbon' essere in miglior condizione de' periti (358), così la sola ignoranza delle lettere, avuto riguardo alla condizione della persona, alla qualità de' beni e a tutte le altre circostanze, non dovesse in pratica offerire una giusta scusa per esimere da questo officio (359).

(353) Nov. 72.
(354) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. ult. de auct. tut.
(355) L. 6. §. ult. ff. hoc. tit.
(356) Richer. univ. civ. et crim. jur. Inst. lib. 1. tit. 23. §. 2508. in not.
(357) Gotofred. in not. ad l. si duas §. ult. ff. hoc. tit.
(358) L. 4. ff. quod. vi. aut. clam.
(359) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. ult. lib. 1. tit. 16. Inst.

§. Item et in milite, 14.

SOMMARIO

Delle scuse degli Ecclesiastici.

La scusa de' militari è necessaria, mentre, neppure volendo, potrebbero essere ammessi all' officio di tutori, acciocchè per gli affari privati non si scopra loro l' occasione di trascurare il proprio dovere. Il diritto Pontificio, per ragione consimile, proibisce la tutela agli Ecclesiastici (360). La qual proibizione fu praticata fino da' primi tempi della Chiesa (361). Nulladimeno i sacri Canoni medesimi permettono agli Ecclesiastici la tutela o cura, allorchè essi ne assumino il peso per semplice officio di pietà o carità, specialmente se si tratta di tutela legittima (362). In pratica però questa materia non ammette una regola certa e generale, dovendosi da prudente arbitrio regolare diversamente, secondo la differenza de' casi e delle circostanze (363). Le moderne legislazioni escludono dalla tutela le persone costituite negli ordini sacri (364).

§. Qui autem, 16.

SOMMARIO

I. *Del termine, entro il quale si dee proporre la scusa = Legislazione straniera.*

II. *Negli odierni costumi l' allegazione della scusa non sospende l' amministrazione.*

I. Le cause onde scusarsi dalla tutela si doveano proporre entro il perentorio termine di giorni cinquanta continui dal tempo in cui taluno aveva saputo sè essere stato eletto tutore, o perchè chiamato dalla legge, o perchè dato o confermato dal magistrato, o perchè era stata adita

(360) Carlo de Grassy, de effect. clericat. eff. 16. n. 16. Ruota decis. 116. n. 18. p. 4. t. 2. rec.

(361) Concil. Cartag. 1. tit. 8. Concil. Calced. sect. 15. cap. 3.

(362) De Grassy, d. loc. n. 22.

(363) Card. de Luc. de tutor. in summ. n. 29.

(364) Cod. Albert. art. 287. Cod. Austr. art. 195. Legge del 15. Nov. 1814. art. 65.

l' eredità in forza di quel testamento, in cui sapeva di essere stato nominato tutore. Questo spazio di giorni cinquanta veniva concesso a coloro che non distavano più di cento miglia dal tribunale competente: quelli che si trovavano in distanza maggiore, avevano un giorno di tempo per ogni venti miglia, cui si aggiungevano altri trenta giorni, cosichè però non avessero uno spazio minore di cinquanta giorni. Oggigiorno però non vi sono giudici, i quali abbiano territori così vasti, e perciò si attende in questa materia lo stile del luogo, che, generalmente parlando, prefigge un congruo termine dal giorno della scienza della deputazione in tutore. Negli stati ereditari Tedeschi e in Lombardia il tutore che vuol' essere dispensato da questo peso, dee rivolgersi al giudice pupillare entro quattordici giorni dalla notificazione del mandato giudiziale (365). In Francia lo spazio di tempo è prefisso a tre giorni dalla notificazione (366), non compreso un giorno di aumento ogni distanza di tre miglia. Ma se il tutore si trova presente alla deliberazione che gli ha conferito la tutela, dee proporre le sue scuse immediatamente sotto pena d'inammissibilità di ogni suo ulteriore richiamo. Uguale è la disposizione del Codice Siciliano (367). La legislazione degli stati Sardi poco differisce dalla Francese. Epperò se il tutore si trova presente alla deliberazione, come sopra, dee proporre immediatamente i motivi che può avere di scusa, sotto la medesima pena. Questo Codice però, a differenza del Francese, ammette che il tutore invece di proporre i motivi sul momento, possa riservarsi di proporli in una nuova adunanza (368). S' egli è assente, la legge gli accorda cinque giorni di spazio per fare l' istanza, i quali cominciano a decorrere dalla notificazione della nomina, non compreso un giorno di più per ogni tre miriametri di distanza dal luogo del suo domicilio a quello dove si è aperta la tutela (369). Nel Ducato di Parma viene indistintamente concesso lo spazio di un mese (370).

11. Noto di passaggio che secondo le leggi romane l' allegazione della scusa avea l' effetto di sospendere l' obbligo di assumere la tutela, finchè il magistrato non avesse pronunciato sulla validità di essa (371). In pendenza della lite l' amministrazione veniva affidata a un curato-

(365) Cod. Civ. Austr. art. 201.
(366) Cod. Civ. Franc. art. 439.
(367) Cod. delle D. S. art. 360. 361.
(368) Cod. Albert. art. 298.
(369) Cod. Albert. art. 299.
(370) Cod. Parm. art. 221.
(371) L. 22, Cod. de excusat.

re (372). Presso le moderne legislazioni l' allegazione della scusa non sospende l' obbligo di amministrare, e il tutore, in pendenza della lite, dee esercitare il suo officio (373).

§. Qui tutelam, 18.

SOMMARIO

Abolizione del presente paragrafo.

Parve a' Romani bastante, per la scusa della cura, che il tutore avesse avuto la tutela della medesima persona (374) quasi fosse inconveniente l' aggravare uno stesso cittadino di un duplice peso. Questa disposizione però, come altrove osservammo (375), venne dalle leggi e dalla contraria consuetudine di quasi tutte le nazioni abolita.

§. Idem rescripserunt, 19.

SOMMARIO

Negli odierni costumi il marito è legittimo curatore della moglie.

Secondo l' antico diritto de' Romani, il marito non poteva essere curatore della propria moglie minore di venticinque anni. La disposizione di questa legge era fatta per togliere di mezzo ogni occasione di frode, essendo cosa facilissima che la moglie, presa dalle lusinghe o dalle minaccie del marito, non volesse o non ardisse chiedergli conto della sua amministrazione. Del resto, il marito è padrone della dote (376) e perciò, essendo egli di essa legittimo amministratore (377), appare chiaro abbastanza che la disposizione del presente paragrafo non è applicabile a' beni dotali, ma bensì a' beni recati oltre la dote, ossia stra-

(372) L. 2. ff. de tut. et curat. dat. ab his. l. 17. §. 1. de appel. et rel.

(373) Cod. Civ. Franc. art. 440. Cod. Albert. art. 300. Forti, Inst. civ. lib. 2. cap. 9. sez. 4.

(374) L. curator. 20 Cod. hoc. tit.

(375) Veggasi quello che abbiamo detto nel princ. del tit. 22. e 23. Inst. lib. 1.

(376) L. dote, 9. Cod. de rei vind.

(377) Card. de Luc. de dot. disc. 71. n. 5.

dotali (378). Ma gl' Imperatori Severo e Antonino derogarono all' antico diritto e mediante loro costituzione stabilirono che il marito non potesse ingerirsi ne' beni stradotali della moglie, se non quando non vi fosse il consentimento di lei, lasciando per tal modo alla donna la libertà di commettergli, volendolo, l' amministrazione di essi (379). Quindi, secondo la nuova giurisprudenza, il marito è legittimo amministratore dei beni stradotali della moglie, qualora ella stessa gli abbia commessa la cura di essi; in caso diverso egli non può esserne amministratore senza mandato (380). La pratica di tutte le nazioni di Europa abbracciò la nuova giurisprudenza Giustinianea (381), e sono ad essa conformi le moderne legislazioni (382). Il codice Napoleone (383) e quello di Napoli (384) dispone espressamente che il marito è di diritto tutore della moglie interdetta. La stessa disposizione è vigente negli stati Sardi, purchè l' interdizione non provenga per causa di prodigalità (385). Ma quantunque la moglie abbia al marito commessa l' amministrazione dei suoi beni stradotali, nulladimeno presso noi egli non può obbligarli nè alienarli senza il di lei consenso, nè senza la solennità prescritta dagli odierni regolamenti (386).

§. Si quis, ult.

SOMMARIO

Effetto della falsa allegazione presso i Romani.

Le leggi romane, per favorire i pupilli, stabiliscono che se alcuno abbia ottenuto l' esenzione della tutela dietro la dimostrazione di cause

(378) Vinnio, in comm. ad hunc §. Inst. hoc tit.

(379) L. hac lege. 8. l. ult. Cod. de pact. conv. Richer. univ. civ. et crim. jur. Inst. lib. I. tit. 19. §. 1673. Vinnio, hic in principio.

(380) Veggasi il Mantica, de tac. et amb. conv. lib. 7. tit. 4. Gregor, decis. 86. n. 3. Dunozet, Decis. 786. Card. De Luc. de dot. disc. 168. per tot.

(381) Grozio, Introd. lib. 1. part. 5. n. 32. Sande, lib. 2. tit. 4. def. 3. Argent, ad Cons. Brit. art. 410 Vinnio, hic in fin.

(382) Cod. Albert. art. 1569, al 1573. Cod. Civ. Franc. art. 1577. al 1580.

(383) Art. 506.

(384) Cod. delle D. S. art. 428. 429.

(385) Cod. Albert. art. 388.

(386) Reg. giud. §. 52.

false non sia liberato dal peso di assumerla (387). Ma siccome la sentenza del giudice tien luogo di verità, così ritengo che presso noi, se il tutore o curatore mediante false allegazioni abbia ottenuto l'esenzione della tutela per sentenza del giudice, venga liberato dal peso di assumerla, purchè la sentenza non sia riprovata in appello dal giudice superiore.

(387) L. 1. l. ult. Cod. si tut. vel. cur. int.

TITOLO XXVI.

DE' TUTORI, E CURATORI SOSPETTI

§. Sciendum.

SOMMARIO

L' accusa de' tutori sospetti in foro è rarissima.

Il rendimento de' conti, secondo i principii del diritto romano, non poteva essere domandato che al termine della tutela, e però se la legge non avesse introdotto altri rimedi per reprimere gli abusi di una cattiva amministrazione, la condizione de' pupilli sarebbe stata senza dubbio pericolosa e quella de' contutori acerbissima. Un rimedio di questa fatta inventarono i Romani nell' accusa de' tutori sospetti. Effetto di tale accusa era quello di rimuovere il tutore: la rimozione portava seco la licenza di esercitare quelle azioni che altrimenti non si sarebbero potute muovere, se non finita la tutela, e di gastigare il tutore se egli si fosse diportato con malizia. Ma dacchè il nuovo diritto Giustinianeo dette ai pupilli e minori l' ipoteca legale sopra tutti i beni de' loro tutori e curatori, offerse loro il mezzo più sicuro per essere al coperto de' danni derivanti dalla negligenza o malizia degli amministratori (388), e perciò non dubito che sino da quel tempo l' uso di questa accusa cominciasse a diventare meno frequente. L' odierna giurisprudenza, regolando assai meglio le ipoteche, ed obbligando il tutore a rendere conto della sua amministrazione ad ogni richiesta (389), ne rese l' uso anche più raro (390).

§. Datum, 1.

SOMMARIO

De' magistrati competenti per la rimozione de' tutori.

Il diritto di rimuovere i tutori sospetti competeva in Roma al pretore, nelle provincie a' presidi ed al legato del proconsolo. Nell' odierna

(388) Veggasi quello che abbiamo detto nel princ. del titolo XXIV.
(389) Reg. giud. §. 1593.
(390) Card. De Luc. de tut. in summ. n. 6. et seq.

nostra giurisprudenza il tutore sospetto può essere rimosso da quello stesso giudice o tribunale che l' ha creato. Negli stati ereditari Tedeschi e in Lombardia il giudice può di officio decretare la dimissione del tutore, qualora egli amministri la tutela in modo contrario a' suoi doveri (391). Le disposizioni del codice Parmense sopra questa materia sono consimili a quelle del codice Austriaco (392). Dove sono adottati i consigli di famiglia, l' esclusione o rimozione del tutore viene sempre pronunciata dal consiglio medesimo (393). Le leggi Toscane autorizzano il magistrato civile a rinviare alla potestà economica i tutori che si sono diportati con dolo, acciocchè vengano castigati (394).

§. Ostendimus, 2.

SOMMARIO

Inutilità del presente paragrafo.

Giustiniano in questo paragrafo tratta di quelle persone che possono essere accusate come sospette, dalla quale accusa egli non esclude neppure i patroni, purchè la fama loro non venga macchiata. Negli odierni costumi, in cui la servitù è abolita, questa eccezione potrebbe parere inutile se per ragione più forte non militasse anche in favore degli ascendenti. Nulladimeno, per le ragioni che noi addurremo nel paragrafo sesto di questo titolo medesimo, non dubitiamo ch' ella sia superflua anche in questi ultimi.

§. Consequens, 3.

SOMMARIO

L' accusa de' tutori sospetti oggigiorno è giudizio privato.

Nel testo di questo paragrafo dicesi che l' accusa contro il tutore sospetto è quasi pubblica. E in fatti, ella si può chiamare pubblica, per-

(391) Cod. civ. Austr. art. 253. 254.
(392) Veggasi il Cod. Parmens. art. 205. 266.
(393) Cod. civ. Franc. art. 447. Cod. Albert. art. 307. Cod. delle D. S. art. 266.
(394) Forti, Iust. civ. lib. 2. cap. 9. sez. 7.

chè, secondo i principii delle leggi romane, apparteneva a tutti (395). In effetto però è sempre stata un giudizio privato, mentre ella non intendeva a vendicare un' ingiuria recata alla repubblica, e si promuovea d' innanzi a' magistrati maggiori, aventi la giurisdizione civile sulle tutele (396). Ed è notabile che sebbene le donne non fossero ammesse ad accusare ne' giudizi (397), eccettuati alcuni casi particolari (398), nulladimeno, pel favore dalle leggi concesso a' pupilli, non solamente potevano muovere l' accusa contro il tutore sospetto quelle che erano congiunte in parentela al pupillo, ma eziandio qualunque estranea. Concordano col diritto Giustinianeo parecchi degli odierni codici italiani (399). In Francia, negli stati Sardi e nelle due Sicilie il tutore surrogato o il protutore è quegli, cui specialmente spetta di chiedere la convocazione del consiglio di famiglia per deliberare sulla destituzione del tutore. Tuttavia può farlo di officio anche il giudice di pace, di circondario o di mandamento (400). Non dubito però che, mutata oggigiorno la forma de' giudizi, tale accusa sia piuttosto privata, che pubblica (401).

§. Suspectus, 6.

SOMMARIO

Negli odierni costumi il tutore rimosso per dolo non incorre nell'infamia.

Il tutore rimosso per colpa non incorre nell' infamia. Questa nota gli veniva apposta, allorchè fosse stato rimosso per dolo. Del resto, siccome alle nazioni più civili parve che l' abuso di questa pena non facesse che diminuirne l' entità, fu stimato opportuno l' usarla con minore frequenza, e perciò negli odierni costumi di tutta Europa il tutore rimosso per dolo non incorre nell' infamia, qualora il delitto stesso non sia di sua natura informante (402).

(395) §. 1. infr. de publ. jud.
(396) Vinnio, hic.
(397) Vinnio, ibid.
(398) Veggansi le l. 1. l. 2. de accus. l. 12. Cod. qui accus. non poss.
(399) Cod. Parmens. art. 264. Legge Toscana del 15. Nov. 1814. art. 66.
(400) Cod. civ. Franc. art. 446. C. civ. delle D. S. art. 367. Cod. Albert. art. 307.
(401) Veggasi quello che abbiamo detto nel princ. Inst. de publ. jud.
(402) Vinnio, hic in fin. Voet, comm. ad Pand. lib. 26. tit. 10. n. ult. in fin. Richer. univ. civ. et crim. jur. Inst. lib. 1. tit. 24. §. 2629. Veggasi il Filangeri, scienza della legisl. lib. 3. pag. 3. cap. 31. e quello che abbiamo detto nel tit. ff. de his qui not. infam.

§. Si quis autem, 7.

SOMMARIO

L' accusa di sospetto oggigiorno non sospende l' amministrazione del tutore.

Qualora il tutore venga accusato come sospetto, vogliono le romane leggi che la sua amministrazione rimanga sospesa fino al termine della lite; e perchè gli affari del pupillo non soffrano in questo mezzo alcun pregiudizio, fu stimato opportuno il deputare un altro, il quale infrattanto ne amministrasse i beni (403). La pratica di quasi tutte le nazioni mitigò questa rigorosa disposizione del diritto comune, ammettendo che i tutori non dovessero essere spogliati dell' amministrazione, se non quando fossero convinti di fraude o di colpa (404). È certissimo che tale disposizione sia basata sopra un principio di equità e di giustizia. E in fatti, se per rimuovere il tutore bastasse qualunque lite od accusa, sarebbe in facoltà di ogni animosa persona promuovere siffatte quistioni per molestare il tutore, e impedirgli l' esercizio del suo officio. L' odierno sistema ipotecario la rende anche più ragionevole, imperciocchè l' ipoteca legale concessa a' minori e pupilli è sufficiente per metterli al coperto da' sospetti che possono nascere sull' amministrazione del tutore. Laonde, secondo l' uso del foro, se il tutore venga accusato come sospetto, non se gli toglie, pendente la lite, l' amministrazione, qualora non sianvi altri indizi, i quali persuadano al giudice di condursi in tal modo (405).

§. Si quis tutor, 9.

SOMMARIO

I. *Esposizione del testo.*
II. *L' immissione al possesso de' beni oggigiorno è abolita.*

I. Dice Giustiniano che se il tutore si rende contumace per non prestare gli alimenti al pupillo, in forza dell' epistola de' Divi Severo

(403) L. cum quem. 7. Cod. hoc. tit.

(404) Voet, comm. ad Pand. hoc tit. n. 7. in princ. Richer. univ. civ. et crim. jur. Inst. lib. 1. tit. 24. §. 2625.

(405) Card. de Luc. de tutor. disc. 3. n. 3.

e Antonino è stabilito che il pupillo medesimo sia posto nel possesso de' beni di lui, nel qual caso, con l' intervento di un curatore, è lecito alienare que' beni, che dietro ritardo possono rendersi deteriori.

II. Per migliore intelligenza del diritto romano conviene osservare che la somministrazione degli alimenti pel pupillo veniva definita dal pretore secondo la quantità e la condizione del patrimonio (406). Il tutore era quindi tenuto ad osservare e prestare la quantità dal Pretore definita, e se, per non dare al pupillo gli alimenti, si fosse allontanato, era punito con la pena minacciata a' debitori contumaci. Il pupillo in forza dell' editto veniva posto nel possesso de' beni del suo tutore, in quella stessa maniera che il creditore era posto nel possesso de' beni del suo debitore assente e non difeso. Ma questa sorta di procedura in pratica ebbe poco successo, ed oggigiorno è totalmente abolita (407). Le leggi vigenti nello stato Austriaco dispongono che se il tutore abusa in qualunque modo della sua autorità, o trascura gli obblighi della sua cura o mantenimento, il pupillo ha diritto di portare i suoi reclami al giudice pupillare (408), Presso a poco sono consimili le disposizioni degli altri principati d' Italia, le quali autorizzano i pupilli o minori a portare le loro lagnanze al consiglio di famiglia (409). La legislazione Giustinianea, vietando a' pupilli di promuovere l' accusa contro i loro tutori (410), è contraria alle disposizioni de' moderni codici.

§. Sed si quis praesens, 10.

SOMMARIO

Sistema criminale.

La qualità del fatto è quella che determina se il tutore debba essere rimosso semplicemente o con infamia; o se debba essere punito anche più gravemente. Ne' casi, in cui il tutore veniva riputato degno di maggior pena, soleva presso gli antichi essere rinviato al prefetto

(406) L. 3. ubi pupill. ed.

(407) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 23. §. 4. ff. ex quib. caus. major. in int. nella l. sed. etsi 28. §. 4. ff. de judic. nella l. 55. ff. eod. e nella rub. ff. de distr. pign.

(408) Art. 217.

(409) Cod. Albert. art. 314.

(410) §. Impuberes, 4. Inst. hoc. tit.

della città, acciocchè fosse punito straordinariamente, ossia con pena corporale. Negli odierni costumi la punizione de' delitti spetta a' giudizi criminali, e questi sono di gran lunga differenti dagli antichi (411).

§. Libertus, 11.

SOMMARIO

Inutilità del presente paragrafo.

Osserva l' Imperatore, dietro una risposta di Ulpiano (412), che anche il liberto debb' essere per la pena straordinaria rimesso al prefetto della città, qualora sia provato che egli amministri fraudolentemente la tutela de' figli o nipoti del patrono. Credo che oggigiorno questa legge sia inutile (413).

(411) Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. ult. lib. 4. Inst.
(412) L. 2. ff. hoc. tit. l. 10. Cod. de adm. tut.
(413) Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. 3. di questo libro e nel §. anteced.

DELLE LEGGI ROMANE

ABROGATE, INUSITATE E CORRETTE

SECONDO L' ORDINE DELLE ISTITUZIONI IMPERIALI

LIBRO II.

TITOLO I.

DELLA DIVISIONE DELLE COSE E DEL MODO DI ACQUISTARNE IL DOMINIO

SOMMARIO

I. *Origine del pubblico erario.*
II. *Denominazioni dell' erario adattate a' governi democratici.*
III. *Divisione di Costantino e decadenza dell' Impero nella Brettagna, nelle Spagne e nella Gallia.*
IV. *Decadenza dell' impero in Italia = Origine della potestà temporale de' Papi.*
V. *Decadenza de' Carlovingi = Rivoluzioni d' Italia.*
VI. *Primi titoli de' Tedeschi sopra il regno d' Italia.*
VII. *Di Arrigo II. di Germania sino a Corrado.*
VIII. *Origine delle repubbliche Italiane.*
IX. *Lega Lombarda.*
X. *Dieta di Roncaglia = Origine delle regalie.*
XI. *Effetti della pace di Costanza.*
XII. *Conchiusione.*

I. In ogni tempo e presso ogni popolo fu sempre stimato necessario fosse nella dominazione un erario, col quale si potesse sopperire a' pubblici bisogni tanto in tempo di pace che in tempo di guerra. Imperciocchè l' esperienza insegnasse che tanto più le repubbliche si rendevano formidabili e temute, quanto più di pecunia avessero, pronta ad armare milizie contro i nemici esteriori, e a sedare le turbolenze e'

tumulti nell' interno. L' erario è una dote della nazione, senza la quale ella non può sostenere i pesi che ad essa sono inerenti. Era però giustizia che per formare questa dote, non s' imponessero balzelli a capriccio; e sebbene in ogni secolo siasi veduto in pratica simile esempio, questo si dee piuttosto attribuire alla malvagità de' tempi che all' istituzione del pubblico erario, la quale non solo è giustissima, ma eziandio necessaria. La dote, di cui parliamo, si forma mediante i pesi e tributi imposti a' cittadini, ma perchè essi non patissero soverchio aggravio nella loro esazione, invalse l' uso di lasciarla aumentare con gli utili derivanti da quella sorta di beni, ne' quali la natura si fosse mostrata più liberale.

II. Nelle antiche repubbliche della Grecia, e specialmente nella Romana, la provvisione del pubblico erario ebbe nomi diversi, secondo lo spirito della nazione: in ogni modo però il nome non indicava cosa alcuna di regio, mentre ciò sarebbe stato contrario alla forma di quei governi, e in Roma particolarmente avrebbe concitato lo sdegno universale; dacchè, cacciati i Tarquinii, nulla v' era di più odioso in quella nazione, che il nome di re. Del resto, come prima l' Impero de' Romani cominciò ad essere diviso e soggetto al dominio di nazioni straniere, la forma dell' antico governo cambiò totalmente aspetto, rivestendo poco per volta quella di tante separate e diverse monarchie. Indi ebbero origine nomi e costumi particolari, leggi e provvisioni diverse, le quali, essendo opposte agli antichi principii, vi recarono per conseguenza una riforma notabile.

III. Allorchè Costantino venne nella deliberazione di trasportare la sede dell' Impero in Bisanzio, Roma era giunta all' apice dello splendore e della ricchezza. Trecento e dodici trionfi da Romolo sino ad Augusto, le spoglie di Cartagine, dell' Asia, del Ponto, della Macedonia, della Gallia e della Spagna formavano la sua gloria. L' intempestiva e sciocca divisione di Costantino indebolì le forze de' Romani, e dette campo a' barbari d' invadere e, poco per volta, distruggere l' impero. La morte di Teodosio il grande segnò l' epoca della sua decadenza. Le continue rivoluzioni, l' impotenza de' principi successori, l' avarizia e l' ambizione de' ministri, facendo debole difesa alle nazioni loro sottoposte, dettero loro il campo di sollevarsi e difendersi di per sè stesse. I Bretoni vogliosi di scuotere il giogo loro imposto da Giulio Cesare si elessero un principe che in appresso ebbe da Onorio la porpora Imperiale. Ataulfo prese il titolo di re nella Spagna, e vi fondò la monarchia: dopo vari successi fece lo stesso Clodoveo nella Gallia. D' onde, sotto Arcadio ed Onorio figli di Teodosio il grande, la Brettagna, la

Spagna, e le Gallie, furono tolte all' Impero de' Romani, e fondarono tante monarchie differenti.

IV. La minorità di Arcadio e l' ambizione del reggente scoprì l' occasione ai Goti di calare in Italia. Venne Roma saccheggiata da Alarico, poi da Genserico e quindi da Ricimero: finalmente, invitati da Narsete, calarono i Longobardi, i quali si resero padroni della maggior parte di questo paese. Essi però non si contennero ne' limiti. Disgustato il Pontefice della loro insolenza, chiamò, per contenerla, Pipino di Francia. Il quale, venuto in Italia, tolse a' Longobardi le terre della pentapoli e dell' esarcato, e di esse fece dono a S. Pietro. Da quest' epoca ebbe origine la potestà temporale de' Sommi Pontefici (1). Ma partito Pipino d' Italia, i Longobardi presero a molestare le terre comprese nella donazione, e perciò il Papa ebbe di nuovo ricorso a Carlo Magno. Questo Principe, aderendo alla dimanda del Pontefice, venne in Italia, restrinse Desiderio in pavia, dove, dopo breve assedio, fu costretto ad abbandonare il Regno (2). Dopo tale vittoria, recossi a Roma, dove dal Papa fece ungere Pipino, figlio di lui, signore e re d' Italia.

V. Ma il regno de' Francesi in Italia cominciò tostamente a decadere sotto il giovane Bernardo III. figlio del re Pipino e nipote di Carlo Magno. Lui morto, il regno d' Italia si riunì nella persona di Lodovico il Pio, fratello di Pipino, il quale riunì in sè stesso tutti gli stati posseduti da Carlo Magno suo Padre. Sotto Lodovico fu il regno d' Italia conferito a Lottario I. suo figliuolo. Le continue discordie famigliari di questi due Principi recarono nelle nostre contrade parecchie rivoluzioni, le quali diminuirono di gran lunga negli Italiani l' opinione pe' Carlovingi. Escluso per la sua incapacità dal trono di Francia Carlo il Semplice, figlio di Lodovico il Balbo, della stirpe de' Carli rimaneva Arnolfo bastardo di Carlomanno re d' Italia e di Baviera. Gl' Italiani però si mostravano poco inclinati a volere per loro Signore un principe tedesco e bastardo, e molti de' più potenti duchi intesero ad occuparsi il regno. Furono in questo pensiero Berengario Duca del Friuli e Guido da Spoleto. Insorte fra essi alcune gare, dopo varie vicende, Berengario rimase assoluto padrone del regno Longobardico, non però senza gravissime contese per parte di Arnolfo: dopo la sconfitta de' Saraceni, avvenuta

(1) Le Città che Pipino donò a S. Pietro furono ventidue, cioè; Ravenna - Rimini - Pesaro - Fano - Cesena - Sinigaglia - Jesi - Forlimpopoli - Forlì col castello - Sussubio - Montefeltro - Acerraggio - Monte di Lucaro - Serra - Castel di S. Mariano - Bobio - Urbino - Cagli - Luceolo - Gubbio - Comacchio - e Narni. Il che avvenne nell' anno 755.

(2) Annales Bertiniani ann. 773. pag. 468. in Rer. Ital. Script. tom. 2. part. 2.

per mezzo delle sue armi e per quelle de' principi di Benevento, di Capua, e de' Duchi di Napoli e Gaeta, ebbe da Papa Giovanni X. la corona Cesarea. Morto Berengario, per gl' intrighi di Ermengarda e di Berta, la prima vedova del Marchese Adelberto d' Ivrea, la seconda vedova del Conte di Provenza, e poscia moglie di Adelberto III. Duca di Toscana, con l' assistenza di Lamberto Arcivescovo di Milano, fu fatto pensiero di mettere sul trono d' Italia Ugo di Provenza, loro stretto parente (3). Il qual pensiero posero in esecuzione ed ebbe successo, non ostante che, vivente ancora Berengario, fosse chiamato dagli Italiani Rodolfo di Borgogna. Regnò Ugo vent' anni, e il suo regno fu pieno di turbolenze e sospetti. Ad Ugo, morto Lottario suo figliuolo, successe nel regno d' Italia Berengario II. Marchese d' Ivrea. Questo Principe, vivendo il suo antecessore, per evitarne la persecuzione s' era rifuggito presso il re Ottone di Germania, e in due anni di regno commise tutta sorta di nequizie.

VI. Gl' Imperatori di Germania, succeduti alla stirpe de' Carlovingi colà estinta in Lodovico III. o IV. figlio del bastardo Arnolfo, stimarono che il regno d' Italia fosse di loro ragione. Ma Corrado ed Arrigo, sempre occupati nel sottomettere i principi della Germania, non ebbero tempo di provvedervi. La gloria di dominarlo fu riserbata ad Ottone figlio e successore di Arrigo. Sottomesso Berengario, il quale terminò vilmente la sua vita prigione in Bamberga, fu in Milano dalla dieta de' Grandi eletto re di Lombardia (4) e poco dopo Imperatore a Roma da Papa Giovanni XII. Il suo regno fu breve, quello di Ottone II. figlio di lui più breve, brevissimo quello del terzo Ottone, il quale, morto senza figli, pose termine all' Impero de' Sassoni in Italia.

VII. Agli Ottoni in Germania successe Arrigo: era quindi cosa certa che come successore de' re d' Italia non fosse mancante di ragioni per pretenderne la corona. Gl' Italiani medesimi, malcontenti del Marchese Arduino d' Ivrea che, vacando il trono, s' era fatto proclamare re, (5) ne l' invitarono (6). Calato in Italia dietro le più particolari sollecitazioni di Papa Benedetto VIII, disfece il suo emulo, e prese in Roma la corona Imperiale (7). Morto Arrigo, fu eletto re di Germania Corrado soprannomato il Salico, noto abbastanza per la sua famosa legge sopra

(3) Luitprand. lib. 3. cap. 2. et 3.

(4) Landulf. senior. Histor. Mediolan. lib. 2. cap. 18. Rer. Ital. tom. IV.

(5) Ditmar. Cron. ext. apud. Reineccium, rer. Ger. script. et apud. Leibnit. Script. rer. Brun. tom. 1.

(6) Murat. Antiq. Estens. et in antiq. med. aevi. Dissert. 5. 6. 7.

(7) Ditmar. Cron. lib. VI.

le successioni de' feudi. Questi, per parte di femmine, era discendente di Ottone I. e perciò vantava qualche diritto sopra questo reame. L' Arcivescovo di Milano, dopo di avere inutilmente procurato di dare la corona a Guglielmo IV. Duca di Aquitania, si accostò con gli altri Principi Italiani al suo partito, cosicchè nel 1026, cioè un anno dopo la sua elezione in Germania, fu in Italia generalmente ricevuto e riconosciuto per Sovrano (8). Regnarono dopo Corrado, il terzo e quarto Arrigo, l' uno figlio e l' altro nipote di lui. Il secolo undecimo fu famosissimo per le gravissime discordie insorte fra il quarto Arrigo e Papa Gregorio VII, cui fu specialmente protettore Roberto di Quegli, e più particolarmente, Matilde Contessa di Toscana. Le continue guerre che angustiarono Arrigo IV, diminuirono grandemente il suo partito in Italia, il che non poco l' afflisse; ma più grave afflizione gli arrecò la ribellione di Corrado, suo figlio primogenito, e da ultimo quella di Arrigo, secondogenito, il quale con insigne perfidia il costrinse a rinunciargli la corona, la lancia e lo scettro. Il perchè, dopo aver chiesto inutilmente soccorso a tutte le corti di Europa, nell' anno 1106 cessò di vivere in Liegi privatamente ed anche mal agiato (9). Sotto Arrigo V. ebbero termine le controversie sì lungamente durate per cagione delle investiture dai re Tedeschi pretese, e da' Pontefici dopo la proibizione di Gregorio VII. perpetuamente vietate. Arrigo V. morendo, lasciava di sè un nipote per sorella in Federico Duca di Svevia; nulladimeno prevalse negli elettori il favore per Lottario Duca di Sassonia che fu terzo di questo nome. Le contese di questi due rivali furono grandissime, talmentecchè Federico mandò in Italia Corrado fratello di lui a farsi coronare in Lombardia. Disfatto però dalle armi di Lottario, Corrado fu di bel nuovo costretto a ritirarsi in Germania, finchè, morto Lottario, non fu egli stesso eletto re, a preferenza di Arrigo IV. Estense ch' era il più prossimo ad occupare il trono.

VIII. La debolezza dei re di Francia e la lontananza dei re Tedeschi dette il campo a loro ufficiali e vicari in Italia di usurparsi nelle particolari provincie una padronanza assoluta. La qual cosa fu di pessimo esempio; imperciocchè la moltitudine veggendo come essi in effetto negassero l' obbedienza al capo supremo, fatta capace delle proprie forze, fece altrettanto contro di loro. Prime a scuotere il giogo furono Genova, Lucca e Pisa. L' esempio venne in appresso seguito dalle città poste nel

(8) Arnulfus, in hystor. Mediol. Wipp. in vit. Corrad. Salic. cit. a Murat, ann. 1025.

(9) Denin. rivol. d' Italia lib, 10. cap. 8.

centro della Lombardia, e particolarmente da Milano, Pavia, Asti, Cremona e Lodi. Il regno di Arrigo III. o IV. fu dalle Città d' Italia considerato come l' epoca della loro acquistata libertà (10).

IX. Morto Corrado nell' anno 1152, per di lui consiglio medesimo fu eletto re di Germania Federico di Svevia, dal colore della sua barba chiamato Barbarossa. Principe intraprendente e ambizioso com' egli era non sofferse che l' Italia, già dominata da' suoi predecessori, si sottraesse al suo dominio. Calò quindi in queste contrade con animo di sottometterle, e veggendo che le sue forze non bastavano contro tante nascenti repubbliche, le quali senz' alcun riguardo prendevano il nome di stati liberi, profittò delle dissenzioni insorte fra esse, accostandosi al partito dell' una o dell' altra secondo che meglio servisse alle sue mire. Ma le crudeltà e le guerre ch' egli fece in Italia, e più specialmente il miserabile eccidio di Milano, sollevarono contro lui tutte le città Lombarde, le quali, ponendosi in unione, formarono tra esse la gran lega Lombarda. Disfatto Federico fra Legnano e Ticino, diede orecchio alle proposizioni di pace, e indi ebbe luogo il famoso trattato di Costanza, per cui venne stabilita la libertà d' Italia (11).

X. Vuolsi avvertire che Federico dopo la resa di Brescia e prima della sua sconfitta fra Legnano e Ticino, gonfio delle precedenti vittorie, congregò la dieta del regno in Roncaglia; acciocchè col parere dei più valenti giuristi si definissero quali erano i diritti spettanti all' Imperadore dalle Città o dai Baroni precedentemente usurpati. Senza lunga discussione fu stabilito che l' elezione de' magistrati pel governo civile e militare delle città o delle provincie col nome di Duchi, Marchesi, Conti, Consoli, era di diritto regio. I compendii fiscali pei maleficii; le utilità dei porti, dei fiumi e dei pedaggi; la zecca, le angherìe e le perangherìe, i tesori e le miniere e molti altri vantaggi fiscali, furono stimati di diritto regale, e si compresero anch' essi nel nome generico di regalìe. Dietro questa definizione i Vescovi e Marchesi, i Conti e le Comunità di Lombardia, dovettero rassegnare a Federico tutti i diritti sopra indicati, i quali egli poscia di bel nuovo concesse a quelli che si erano mostrati più zelanti al suo partito, e che poterono dimostrare un' origine non viziosa del loro quasi possesso.

XI. Ma dopo le vittorie della lega Lombarda, le cose di Federico in Italia cambiarono aspetto, e nel trattato di Costanza furono da lui e

(10) Muratori, diss. 40. et ann. 1157.
(11) Sigon. lib. 14. ann. 1183. pag. 815-16. Murat. antiq. Ital. dissert. 48.

da Arrigo re de' Romani tornati alle città di Lombardia tutti i diritti regali definiti nella dieta di Roncaglia (12).

XII. Le rivoluzioni d' Italia finora mentovate, e i nuovi principii di diritto stabiliti nella dieta di Roncaglia, recarono non lieve alterazione a parecchie disposizioni dell' antica legge romana, e specialmente alla materia di cui si parla nel titolo presente. È ben vero però che il sopraddetto trattato di Costanza non contiene tutti i diritti che oggigiorno per diritto regale competono a' principi o alle repubbliche; ma è vero altresì che prima di detta convenzione il nome di regalìa era ignoto, e che da tal' epoca si cominciarono a distinguere sotto questo nome i diritti annessi alla corona. Quindi molte cose, le quali anticamente venivano riguardate come di nessuno; e che perciò cedevano in utile del primo occupante, oggigiorno sono comprese nel diritto regale, e quindi spettano alla repubblica o al principe. I privati non possono usurparne alcuna, semprecchè non sia stata loro concessa di consenso del capo supremo. Il consenso spesse volte si argomenta dalla non viziosa possessione centenaria o immemorabile. (13).

§. Superiore.

SOMMARIO

Differenza fra cose e beni.

Il diritto ha per oggetto le persone, le cose e le azioni. Esposte le prime nel libro precedente, Giustiniano tratta in questo delle seconde. Il Codice Austriaco ha seguito il Giustinianeo. Il Codice di Francia e tutti quelli che l' hanno imitato, cominciano il secondo libro con la distinzione de' beni. Nel che v' ha differenza notabile; imperciocchè cosa nel linguaggio legale significa tutto ciò che esiste in natura, e che può essere in qualche modo utile agli uomini (14); ma il vocabolo beni, all' opposto, indica solamente tutto ciò che costituisce proprietà pubblica o privata (15).

(12) Vegg. in fin. Cod. Instit. sub. tit. de pac. Const.
(13) Card. de Luc. de regal. in summ. n. 9.
(14) Vinnio, Inst. hic.
(15) Durant. tit. 2. tit. 1. n. 4.

§. Et quidem, 1.

SOMMARIO

I. *Esposizione del testo.*
II. *Giurisdizione sopra il mare oggi spettante al Principe.*
III. *Dazio e dogana, nomi oggigiorno subbentrati all'antico di vettigale.*

I. L' aria, l' acqua corrente, il mare e per esso il lido, sono per diritto naturale comuni. Laonde a niuno è proibito di accostarsi al lido del mare, purchè si astenga dal molestare i monumenti e gli edifizi ivi costrutti; imperciocchè questi non sono di diritto delle genti, come il mare; ma nel dominio de' privati.

II. Fino da' tempi di Celso era introdotto che alcuni lidi fossero soggetti al dominio del popolo romano (16); ed i rescritti di Diocleziano e Massimiano dimostrano apertamente che sino da quell' epoca gl'Imperadori avevano qualche diritto sul mare (17). L'utile del commercio esigeva che la navigazione fosse protetta e libera dalle infestazioni dei corsari, e perciò fu comunemente ammesso che il principe, prendendo sopra sè stesso il carico di tal protezione, avesse sopra il mare dominio in compenso delle spese a tal uopo necessarie. Laonde, secondo gli odierni costumi di quasi tutti i popoli, il principe ritiene il dominio e la giurisdizione di quella parte di mare che bagna la terra del suo regno (18), sino al termine, ove può farsi sentire la potenza de' canoni posti sul lido (19).

III. È in virtù di questo dominio che il principe può giustamente imporre ed esigere un pubblico peso da quelli che portano le merci pel mare adiacente alla sua terra. Gli antichi solevano anch' essi esigere questo pubblico peso, il quale consisteva nel pagamento dell'ottava parte delle merci introdotte ne' porti e si chiamava col nome generico di vettigale (20). Negli odierni costumi, per maggior comodo del commercio, il vettigale si paga in danaro, e viene distinto col nome di dazio, o diritto di dogana; nomi entrambi ignoti agli antichi giureconsulti,

(16) L. littora 3. ff. ne quid. in loc. publ.
(17) L. cum. proponas, 3. Cod. de naut. foenor.
(18) Richer, univ. civ. et crim. jur. lib. 2. tit. I. §. 33. Card. de Luc. de regal. in summ. n. 130.
(19) Lampred. jus. publ. univ. pag. 3. cap. 1. de dom. mar.
(20) L. 6. 7. 8. Cod. de vectigal.

non che a' professori della lingua latina. Parecchie sono le opinioni degli eruditi sopra la derivazione del vocabolo *dogana*. Alcuni pretendono che derivi da *decenarii*, perchè così chiamavansi anticamente gli esattori de' vettigali (21). Altri il fanno discendere da un abuso del suddetto vocabolo, quasi che per corruzione di lingua si cominciasse a dire *doganierii* invece di decenarii. Che che però ne sia della probabilità di queste due opinioni, parmi più verisimile ch'egli sia stato introdotto da' Longobardi o da' Normanni nelle continue rivoluzioni d' Italia (22). La dogana adunque negli odierni costumi è propriamente quello stesso vettigale che gli antichi pagavano nell'ottava parte delle merci, il quale ne' libri de' feudi viene numerato fra le regalie col nome di *armandia o telonia*. (23).

§. Flumina, 2.

SOMMARIO

I. *Esposizione del testo.*

II. *I Fiumi navigabili sono oggigiorno nel dominio del Principe = Conseguenze.*

III. *Cenni sopra i fiumi non navigabili.*

IV. *Dei porti.*

V. *Legislazione estera.*

I. L' aria, l' acqua corrente e il mare sono dalle leggi romane considerate come cose comuni: la proprietà di esse è di nessuno; l' uso di tutti: pubbliche in ispecie sono quelle, di cui la proprietà è del popolo, l' uso di esse di ciascuno del popolo. Fra le cose pubbliche Giustiniano in questo paragrafo conta i fiumi e i porti; donde ne segue che ciascuno del popolo ha diritto di potervi fare la pesca.

II. Ma dopo che Federico nella famosa dieta di Roncaglia stabilì che i fiumi navigabili e quelli che a' navigabili sono di giovamento per la maggior copia delle acque, i porti, le vie pubbliche e simili fossero di diritto regale (24), nell' uso di tutte le nazioni fu ammesso

(21) L. 1. Cod. de exact. tribut. lib. 10. Alciat. in l. eum qui, 16. Rebuff. in l. neque 48. ff. de verb. signif.

(22) Rovit. ad pragm. in rutr. de offic. bajul. n. 5.

(23) Bertachin. de gabell. in praelud. n. 2. Balzaran. de feud. in c. 1. quae sint. regal. n. 2. et seq.

(24) L. 2. feud. tit. 56. quae sint. regal.

che le cose sopraddette appartenessero al dominio del Principe, e quindi negli odierni costumi di quasi tutti i popoli è proibito di deviare, derivare, o divergere l'acque de' fiumi navigabili, de' pubblici e di quelli che servono a' navigabili, di costruirvi, o fabbricarvi edifizi, molini o qualunque altra cosa senza speciale permesso del Principe (25). E della stessa ragione, sebbene per diritto romano la pesca ne' fiumi pubblici e nel mare sia permessa a chiunque (26), oggigiorno è di diritto regale, e perciò è proibita, qualora il Principe, od altri a suo nome, non ne abbia accordata la licenza (27).

III. Del resto, se il fiume non è navigabile, nè serve a' navigabili, nè abbia in se stesso qualche condizione di causa pubblica, ciascun privato ha la facoltà di potersi servire di esso, come de' laghi e delle altre acque esistenti nel suolo pubblico, pe' mulini, per gli edifizii, per l' irrigazione degli orti, delle campagne e simili. In questo caso la condizione del primo occupante è sempre la migliore, purchè nel far uso dell'acqua non impedisca o danneggi l' uso e l'industria altrui (28). Su tale materia però non si può stabilire una regola certa e universale, dipendendo ella totalmente dalle leggi e costumi particolari di ciascun paese o nazione (29).

IV. I porti anch' essi sono nella stessa condizione del mare e dei fiumi navigabili: l' uso è di tutti, ma la proprietà è del principe, nel cui territorio sono situati, e perciò egli può esercitarvi alcuni diritti, i quali si numerano fra le regalie. Di essi non può darsi esatto ragguaglio, mentre la maggior parte dipendono dalle rispettive leggi e costituzioni di ciascun principato (30).

V. Il codice di Francia chiama cose pubbliche le nazionali, (31). Il codice Austriaco distingue i beni pubblici da' beni dello Stato (32).

(25) Grozio, Introd. l. 2. part. 1. n. 15. Perez. Cod. de alluv. in fin. Richer, univ. civ. et crim. jur. lib. 2. tit. 1. §. 37. 48. Card. de Luc. de regal. in summ. n. 129.

(26) Hic. et l. injuriarum, 13. §. ult. de injur.

(27) Voet, comm. ad Pand. tit. de adq. rer. dom. n. 6. Card. de Luc. de regal. in summ. n. 6. Cod. civ. Franc. art. 715. Cod. Albert. art. 683.

(28) Poco rileva che questi fiumi si chiamino anch' essi pubblici. Imperciocchè nel linguaggio legale si chiamano pubblici per significare l'uso pubblico de' cittadini, per escludere il dominio meramente privato o per denotare il dominio abituale che risiede presso le comunità de' luoghi. Card. de Luc. de regal. disc. 167. in fin.

(29) Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 2. tit. 1. §. 37. Card. de. Luc. de regal. disc. 167. per tot.

(30) Card. de Luc. de regal. in summ. §. 10. n. 133.

(31) Durant, lib. 2. tit. 1. n. 183.

(32) Art. 287.

Nelle monarchie pure ed assolute, come negli stati Sardi, le denominazioni de' beni dello stato, de' beni della corona o del regio patrimonio o del regio demanio, si confondono fra loro, e non hanno che un solo significato (33).

§. Litorum, 5.

SOMMARIO

Negli odierni costumi niuno può fabbricare sopra il lido del mare senza il permesso del principe.

L' uso del lido è pubblico e di diritto delle genti, come lo stesso mare, e perciò ciascuno può porvi e fabbricarvi case, approdarvi, tirarci sopra la nave, riattarla e asciugarvi le reti; ma la proprietà è di nessuno, al pari del mare. Vuolsi osservare che le stesse leggi romane avevano già stabilito che niuno potesse fabbricare sopra i lidi del mare se non previa la licenza del pretore (34). E siccome oggigiorno il mare è nel dominio del principe, per ragione più forte, non è lecito fabbricare sopra il lido senza la sua autorizzazione o di quelli, cui fu dal medesimo demandata (35).

§. Sacrae, 8.

SOMMARIO

I. *Esposizione del testo.*
II. *Differenza tra il diritto civile e canonico.*

I. Cose sacre si chiamano quelle che dai pontefici sono consacrate a Dio come i templi e i doni co' sacri riti dedicati al culto. Secondo la costituzione di Giustiniano esse non possono alienarsi nè obbligarsi, se non per la redenzione de' captivi. Il luogo, in cui furono edificati i templi, rimane sacro, quantunque l' edificio sia rovinato, e se alcuno di sua privata autorità abbia consacrato un luogo, questo rimane profano e non sacro.

(33) Cod. Albert. art. 418. 419. 420. 427.
(34) L. quamvis. 50. ff. de adq. rer. dom.
(35) Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 2. tit. 1. §. 35.

II. I Gentili ritenevano per sacre tutte quelle cose che da' pontefici erano dedicate agli Dei maggiori. Tali erano Inno, Vesta, Minerva, Cerere, Diana, Venere, Marte, Giove, Mercurio, Nettuno Vulcano e Apollo. Gli antichi Imperatori Romani per riunire nella propria persona tutto il potere della repubblica, assunsero ancora il Pontificato, e perciò la consacrazione facevasi anche da essi; in virtù di tale consacrazione le cose passavano nel dominio degli Dei, e non si potevano assoggettare ad obbligazioni, nè dedurre in commercio. Distrutto il paganesimo, ed abbracciata la religione di Cristo, la consacrazione appartiene al Pontefice ed a' Vescovi. Il rito di essa è descritto nel pontificale romano: dopo, la consacrazione, la cosa diventa sacra e non è più nel commercio degli uomini (36). L' edificio sebbene rovinato o crollato, rimane sacro, e perciò i templi non possono di nuovo consacrarsi, qualora non siano incendiati o diroccati quasi al tutto (37).

§. Religiosum, 9.

SOMMARIO

I. *Origine della sepoltura nelle Chiese.*

II. *De' luoghi religiosi presso i romani = Inutilità del presente paragrafo.*

I. Le leggi delle XII. tavole anticamente vietavano si potessero i defunti sepellire entro la città; e per tal' uopo prefiggevano un certo spazio di lontananza fuori di essa. Intendevano queste leggi a mantenere la salubrità dell' aria che facilmente si potea corrompere dal puzzo dei cadaveri. Adriano, e gl' Imperatori posteriori, con nuove costituzioni confermarono siffatta disposizione, la quale in quei tempi veniva osservata anche dai Cristiani medesimi (38). Ma con l' andare del tempo essa fu posta in non cale e gli stessi Imperatori furono i primi a godere del privilegio di essere sepelliti entro le città negli atrii o nei portici delle Chiese (39). Ciò che da principio non era che un semplice privilegio, divenne in appresso licenza comune. Prima di tutti i Vescovi, gli Abbati non che i fondatori delle Chiese, per essere di-

(36) Devot. Inst. Can. lib. 2. tit. 7.

(37) Devot. Inst. Can. lib. 2. tit. 7. sect. 1.

(38) S. Joann. Chrysost. Hom. de fid. et leg. nat. opp. tom. 2. p. 289. Baronio, ad ann. 226. n. 9. tom. 2. pag. 474. 475. Mabillon. Mus. Ital. tom. 1. pag. 14.

(39) Eusebio, in vit. Const. lib. 4. cap. 71. Nicefor. lib. 14. cap. 58.

stinti dagli altri, ebbero solenne sepoltura nelle Chiese medesime (40), e questo privilegio, al pari dell' altro, fu poscia concesso a tutti, imperciocchè sembrasse che l' anime de' fedeli fossero più facilmente e copiosamente sovvenute di preci in luogo, dove per gli offici di religione si recano tutti i Cristiani. Del resto, sebbene oggigiorno e specialmente nello Stato Pontificio, tutti i Cattolici sogliano per lo più avere sepoltura nelle Chiese, nulladimeno quasi in tutti i luoghi sono i proprii cimiterii; e, secondo le prime disposizioni del diritto canonico, i morti non dovrebbero essere sepelliti nelle Chiese, se non quando i cimiteri realmente mancassero (41).

II. Presso i Romani il luogo si rendeva religioso con umazione del cadavere, e se il cadavere fosse stato diviso e sotterrato in più luoghi, rendevasi religioso solamente quello ov' era riposto il capo. Tolte le antiche superstizioni, il semplice sepellimento del cadavere non rende religioso un luogo profano, dovendo a tale effetto precedere la solenne benedizione del Vescovo (42), per cui, dietro la disposizione de' sacri Canoni, tutte le distinzioni contenute nel presente paragrafo sono oggigiorno superflue.

§. Sanctae, 10.

SOMMARIO

La disposizione di questo paragrafo oggigiorno non è più in uso.

Sante, in significato esteso, chiamavansi presso i Romani quelle cose, alla cui inviolabilità vegliavano le leggi e le sanzioni penali. Tali erano le mura e le porte della città di Roma, e perciò chi l' avesse scalate sarebbe stato punito con la pena di morte. Secondo gli odierni costumi di quasi tutte le nazioni si procede alla pena di morte contro chi scalasse le mura in tempo di guerra, ma in tempo di pace questa disposizione non viene osservata (43).

(40) Devot. Inst. Can. lib. 2. tit. 9. §. 2.

(41) Devot. Inst. Can. lib. 2. tit. 9. §. 3. c. praecipiendi, 15. caus. 13. q. 2. c. nullus, 18. ead. caus. Concil. Rothomagens. ann. 1581. T. de curat. off. n. 31. Concil. Remens. ann. 1583. tit. de sepult. Reiffen. In Jus. Can. univ. lib. 3. tit. 28. n. 6.

(42) Martenius, de antiq. Eccl. rit. lib. 2. cap. 20. tom. 2. pag. 299. Devot. d. loc.

(43) Christin. vol. 4. decis. 149. Clar. sent. lib. 5. §. fin. quest. 78. n. 29. Voet, tract. de jur. milit. cap. 4. n. 34.

§. Singulorum 11.

SOMMARIO

I. *I modi di acquistare per diritto civile oggigiorno competono tanto a' cittadini, quanto a' sudditi.*

II. *De' forestieri = Diritto Romano ed odierno.*

III. *Legislazione straniera.*

I. La qualità di suddito è differente da quella di cittadino. A' tempi della romana repubblica questa distinzione era tenuta in gran conto, giacchè il diritto civile non era che pe' cittadini, e non pe' sudditi. Indi avveniva che la capacità ai diritti civili si confondeva con la capacità ai diritti politici. L'occupazione, l'accessione, la tradizione erano modi di acquistare la proprietà e il dominio in virtù del diritto naturale e delle genti, e ciò perchè si acquistava con simili modi anche prima dello stato civile de' Romani, e poscia tutti i popoli ne fecero uso al par di loro, e potevano invocarli anche contro di loro. Ma l'eredità, le donazioni per causa di morte, i legati, le servitù e parecchi altri titoli, erano modi di acquistare stabiliti dalle loro leggi civili, e per conseguenza, non potevano essere invocati nella città di Roma, se non da' soli cittadini romani. Sotto l'impero tale distinzione fu tolta, e tutti gli uomini liberi abitanti del suolo romano furono resi di ugual condizione (44), la qual massima oggigiorno è vigente presso quasi tutte le nazioni.

II. I forastieri erano del tutto esclusi da ogni sorta di diritto politico, e, per conseguenza dell'antica confusione, erano parimenti esclusi da ogni sorta di diritto privato. Quindi l'antico diritto d'Europa, conformandosi alle romane leggi, tenea quasi generalmente che gli stranieri non potessero succedere a' cittadini di uno stato diverso, ed in molti paesi non poteano possedere beni presso l'estero, se non pagando una certa contribuzione. Oggigiorno però che l'incremento della civiltà e i rapporti fra nazione e nazione insegnarono a distinguere e separare le leggi politiche dalle civili, viene concesso agli stranieri nel diritto privato, quanto è concesso a' nazionali negli stati a cui i forastieri appartengono. In conformità di questa massima le odierne leggi Pontificie stabiliscono che gli stranieri sono capaci di succedere all' eredità testate

(44) Ulpian. in l. orbe romano ff. de stat. homin. Spanhem, ad Const. Antiq. Imper. Exerc. 2. §. 9. p. 84.

ed intestate, e di acquistare nello stato Pontificio, se, e come per le leggi vigenti negli stati esteri sono capaci di succedere e di acquistare i sudditi Pontificii, salvo le convenzioni politiche ed i trattati (45). Una legge del 14 luglio 1819. modificando gli articoli 726 e 912 del codice civile permise agli stranieri di succedere, raccogliere, e disporre in Francia al pari de' nazionali. Il Belgio, l'Austria, gli stati Sardi e il regno delle due Sicilie hanno proclamato lo stesso principio a condizione della reciprocanza (46). Questa regola di reciprocanza è fondamentale in siffatte materie; è vigente anche in Toscana (47) e presso quasi tutte le nazioni.

III. Secondo il codice civile di Francia la proprietà si acquista e si trasmette per successione, per donazione tra' vivi o testamentaria, e per effetto di obbligazione. Concorda il codice degli stati Sardi e quello delle due Sicilie (48). Il codice Parmense dispone che il dominio si acquista per l'occupazione, per l'accessione, per l'eredità testamentaria e ab intestato, per l'effetto de' contratti e per la prescrizione. Presso a poco sono consimili le disposizioni del codice Austriaco e del Ticinense (49):

§. Ferae, 12.

SOMMARIO

I. *Principii del diritto romano sulla caccia.*
II. *Differenza fra il diritto romano e gli odierni costumi.*
III. *Leggi vigenti nello stato Pontificio.*
IV. *Giurisprudenza contraria alle leggi romane.*
V. *Legislazione estera.*

I. Fra' modi di acquistare per diritto delle genti, primo, secondo le leggi romane, è l'occupazione. L'occupazione comprende la caccia degli animali tanto terrestri che volatili, quanto la pesca. Tanto l'una che l'altra presso i Romani era indistintamente concessa a tutti; imper-

(45) Reg. giud. §. 8.

(46) Loi Belgique, du 20. mai, 1837. Cod. civ. Austr. art, 33. Cod, Albert. art. 26. 27. Cod. delle D. S. art. 31.

(47) Legge del 14 Agosto 1814. cap. VII. della success. de forast. art. 30. 31.

(48) Cod. civ. Franc. art. 711. Cod. Albert. art. 680. Cod. delle D. S. art. 632.

(49) Cod. Parmens. art. 562. Cod. civ. Austr. lib. II. tit. 2. et seq. passim. Cod. Ticinens. art. 182.

ciocchè, ritenendosi gli animali selvaggi come cosa di nessuno, ciascuno aveva il diritto di occuparli, e farsene padrone. Nè punto rilevava che il cacciatore avesse preso l'animale nel fondo spettante ad un altro: la fiera non cambia natura per la differenza del luogo; quindi, secondo le regole dell'occupazione, si considerava come di nessuno, e, purchè fosse nella sua libertà naturale, cedeva in utile del primo occupante. La qual regola era tanto generale, che l'occupante si rendeva padrone dell'animale non ostante la proibizione del proprietario (50).

II. Seguita però la famosa pace di Costanza, della quale parlammo nel principio di questo titolo, il diritto della caccia fu considerato come regale (51); e perciò, secondo le leggi civili di quasi tutti i Monarchi di Europa, questo diritto, qualunque sia l'animale, spetta al Sovrano, e per lui a quelli, cui egli abbia creduto proposito di comunicarlo (52). Corre adunque tale differenza fra l'antico diritto de' Romani e gli odierni costumi, che anticamente il divieto di cacciare sul territorio altrui senza il consenso del proprietario risultava dalla di lui speciale proibizione; presso i popoli moderni deriva da una legge generale. In forza di questa legge l'animale selvaggio preso contro il divieto del superiore non cede in utile del primo occupante (53).

III. Su questa base è fondato il diritto de' Sovrani di proibire la caccia in alcuni luoghi e in alcuni tempi. Oggigiorno adunque poco rilevano le massime degli antichi giureconsulti, i quali scrissero che la legge naturale medesima permise a tutti l'occupazione di quelle cose che per natura sono comuni, quasi con ciò volessero significare non potersi la caccia impedire ad alcuno, essendo il diritto di natura immutabile (54). Imperciocchè, prescindendo dalle ragioni da noi altrove allegate (55), osserviamo che le fiere, e generalmente tutti gli animali selvaggi, per legge naturale non sono comuni positivamente e in modo affermativo quasi fossero propri di tutti; ma sono comuni negativamente, non essendo essi propri di alcuno. La legge umana poteva adunque di comune consenso e per giuste cause accordare il diritto alla nazione o al capo di essa. In conformità di questi principii, le nostre odierne leggi civili dispongono che niuno senza il consenso del proprietario può far caccia ne' terreni altrui, i quali sieno muniti di muro, siepe,

(50) Vinnio, hic. n. 3.
(51) Lib. 2. feud. tit. 55. quae sint. regal.
(52) Pothier, traité du droit., de propriété p. 1. ch. 2. art. 2. §. 2. n. 27.
(53) Tesaur. lib. 2. q. 22.
(54) Tiraqueau. de nobil. cap. 37. n. 144.
(55) Veggasi quello che abbiamo detto nel n. 2. princ. del lib. II. delle Istitut.

od altro riparo, costrutti in modo che impediscano realmente di ogni maniera l'ingresso non solo alle bestie, ma anche agli uomini. E parimenti niuno può per causa o sotto pretesto di caccia entrare ne' fondi altrui tuttochè non cinti e muniti de' ripari sopra indicati, qualora sieno preparati o si preparino alla coltura, e molto più se sono seminati o tuttavia co' frutti pendenti. I contravventori, oltre la perdita, ove abbia luogo, degl' istromenti da caccia e della cacciagione, sono eziandio puniti con una multa non minore di scudi tre, ne' maggiore di scudi quindici. Le multe sono divise metà all' accusatore o all' inventore, e metà alle comuni rispettive (56).

IV. È notabile che secondo il diritto romano il padrone del terreno aveva il diritto di vietare al cacciatore di entrare nel fondo; ed in conseguenza gli accordava un' azione contro di lui, se non avesse apprezzato il suo divieto, (57) ma non la proprietà, nè la rivendicazione degli animali che il cacciatore avesse presi od uccisi. Tuttavolta in foro prevalse in tal caso l' opinione che le bestie prese, ferite, od uccise fossero del padrone del fondo, massime se le rendite del fondo consistessero ne' proventi della caccia (58).

V. Negli stati esteri la facoltà della caccia e della pesca è parimenti, come presso noi, determinata da leggi particolari (59).

§. Illud quaesitum, 13.

SOMMARIO

I. *Esposizione del testo.*
II. *Osservazione sulla ragione di questa legge.*
III. *Consuetudine contraria alla disposizione di questo paragrafo.*

I. Fu tra gli antichi gravemente disputato a cui dovesse appartenere l' animale ferito da uno, e preso ed occupato da un altro. Trebazio fu di sentimento che dovesse appartenere al feritore; imperciocchè, avendo egli con un fatto evidente dimostrato l' animo di volerlo acquistare, sembra che l' atto della corporale occupazione non sia necessario. Gajo

(56) Notific. del 14. Agosto 1839. art. 9. 10. 26. 30.
(57) L. 13. §. ult. ff. de injur.
(58) Ruota, in Civitatis Castellanae, Gravaminum super jure venandi, del 15. Maggio 1786. §. 5. avanti M. Origo.
(59) Cod. civ. Franc. art. 715. Cod. Albert. art. 683. Cod. civ. Austr. art. 383.

fu di parere opposto, e giudicò l'animale all'occupante, potendo per avventura intravvenire qualche ostacolo che impedisca al feritore l'attuale occupazione della belva ferita (60). Giustiniano, seguendo più le regole dell'occupazione che dell'equità, si accostò al secondo partito, e lo pose come un precetto ne' libri de' suoi elementi.

II. Non nego che qualche volta, o, se vogliamo dire, il più delle volte, possano intervenire alcuni ostacoli, i quali impediscano al feritore l'occupazione dell'animale da lui ferito. Ma se per avventura questo ostacolo non si parasse d'innanzi, e un terzo più sollecito del cacciatore medesimo, cogliendo l'opportunità, s'impadronisse dell'animale ferito, l'animale dovrebbe appartenere a lui, perchè in altre circostanze possono avvenire de' casi che impediscano al feritore di farsene padrone egli stesso? Giustiniano ha deciso che sì, e perciò nella fattispecie da me proposta il cacciatore, (cui sempre suol essere più grata la sua preda che qualunque rifazione) perde il frutto della sua valentìa, perchè, quantunque non occorsi, potevano occorrere de' casi che gl'impedissero di prenderla. Io, per me, ritengo che Gaio, e dopo lui Giustiniano, per favorire le regole dell'occupazione non potevano allegare una ragione più insufficiente di questa. In sostanza la disposizione della legge non è basata, che sopra un'ipotesi, la quale, generalmente parlando, dee prevalere anche a confronto del vero.

III. Gli espositori del diritto naturale, lasciando dall'un de' lati le sottigliezze delle leggi civili, si allontanarono di gran lunga dal sentimento di Gaio e di Giustiniano. Puffendorfio (61) amò distinguere se la ferita fosse considerevole per modo, che rendesse facile al feritore di potersi occupare l'animale, nel qual caso opinò che non fosse lecito a un altro d'impadronirsene, finchè il feritore lo perseguitasse: ma se all'opposto la ferita fosse leggiera, fu d'avviso che l'animale dovesse appartenere al primo occupante. Barbeyrac decise in modo diverso. Egli ritenne esser bastevole che il cacciatore insegua l'animale, quantunque non ancora ferito, acciocchè si debba riputare, finchè l'insegue, primo occupante; e che perciò non sia lecito ad altro impadronirsene e farlo suo. L'opinione del Barbeyrac, siccome sorretta dall'equità e tendente a togliere ogni occasione di rissa, fu ricevuta nell'uso di tutte le più colte nazioni (62).

(60) L. 5. §. 1. e 15. ff. de acq. rer. dom.

(61) Lib. 4. cap. 6. n. 10.

(62) Pothier, traité du droit de propriété part. I. ch. II. art. 2. n. 26. Guadagni, not. al §. 17. lib. 2. tit. 1. delle sue. Istit. civ. Veggansi il Voet, comm. ad Pand. tit. de adq. rer. dom. n. 7. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 2. tit. 1. §. 430.

§. Pavonum, 15.

SOMMARIO

I. *Principii del diritto romano sopra le differenti specie degli animali.*
II. *Osservazioni sopra la disposizione del presente paragrafo.*
III. *Continuazione della stessa materia.*
IV. *Conchiusione.*
V. *Giurisprudenza degli Stati Sardi ed Austriaca.*
VI. *Osservazione sopra il §. 474. del Codice Alberto.*

I. Gli antichi giureconsulti con somma accuratezza distinsero tre specie di animali; i fieri, i mansuefatti e i mansueti. Fieri sono quelli che, seguendo il loro cieco istinto, vanno qua e la vagando, e sfuggono all' aspetto dell'uomo, come gli uccelli, i pesci, i cervi e simili. Mansuefatti sono gli stessi animali fieri, i quali, assuefatti fino dal nascere a vedere l' aspetto dell' uomo, si sono con lui dimesticati e resi famigliari. Mansueti sono gli animali domestici, come i cani, i gatti, le galline, le anitre ed altri di tal fatta. Desumendo quindi i Romani i canoni di legislazione sopra questa materia dalla natura degli animali medesimi, pronunciarono che i primi, essendo nel loro stato naturale, cadessero nel dominio del primo occupante (63); fossero i secondi del proprietario, finchè l'abitudine di andare e tornare conservassero (64); gli ultimi, quantunque smarriti, sempre al proprietario rimanessero (65).

II. Le disposizioni che riguardano gli animali fieri e mansueti, sono giustissime, ma quella che concerne i mansuefatti parmi irragionevole e contraria a' principii fondamentali della giurisprudenza. È certa e manifesta regola delle leggi civili che noi conserviamo il dominio del nostro, comecchè per avventura ne abbiamo perduto il possesso (66). Ora, io non so vedere una ragione abbastanza plausibile, per cui questa regola, la quale milita in tutte le cose, non debba ugualmente militare negli animali da noi dimesticati. Interpreti per ingegno e per fama chiarissimi si fecero in sul dire: considerarsi che noi ritenghiamo l' animo di possedere una cosa, finchè conserviamo non vana speranza di poterla ricovrare (67):

(63) §. 12. 14. e 15. hoc. tit. L. 5. §. 2. 3. 4. 5. ff. de adq. rer. dom.
(64) L. 5. §. 6. l. 44. ff. de acq. rer. dom. §. 12. 16. Inst. hoc. tit.
(65) L. 5. §. 6. l. 44. ff. de acq. rer. dom. §. 16. Inst. hoc. tit.
(66) L. 3. §. saltus. 11. L. 1. §. quod. vulgo. 25. ff. unde vi.
(67) Vinnio, in §. illud. 13. n. 2. Inst. hoc. tit.

perdūta la speranza, considerasi ugualmente perduto l' animo di possedere: negli animali supporsi in noi perduta la speranza, quando essi abbiano perduta l' abitudine di andare e tornare. A buon conto, queste sono tutte supposizioni, e, d' altronde, veggasi il lettore se l' animo nostro debba essere interpretato dal fatto di una bestia! Quando un proprietario, côlto da improvvisa fortuna di mare, getta in mezzo all'oceano le merci per allegerire la nave, non ha, nè può per certo avere una non vana speranza di poterle ricuperare; ma tuttavia ne ritiene il dominio, e, ritrovandole, può giustamente ripeterle da qualunque possessore (68). Tanto meglio adunque dovrà ritenersi il dominio nell'animale mansuefatto, mentre in questo caso la speranza può essere più fondata, e la sua perdita è indipendente dal fatto dal proprietario. Imperciocchè io sia d' avviso che quando si tratta di togliere il dominio, gli argomenti debbono essere evidenti, e non supposti, e si debbono rilevare dal fatto del proprietario medesimo, non da quello degli altri, e molto meno da quello di un animale. So bene che la disposizione risguardante gli animali mansuefatti è un'eccezione alle regole generali del diritto, ma tuttavia è un' eccezione che non ha per base alcuna ragione naturale.

III. Si aggiunga che prescrivendo le leggi romane essere perduto il dominio di quell' animale che lasciò l' abitudine di andare e tornare, vollero che quest' abbandono fosse spontaneo, non violento; e quindi concessero al proprietario la rivendicazione, qualora avesse potuto scoprire che l' abbandono provenne per fatto di un terzo. Tale scoperta dipende dalle circostanze, le quali si debbono far conoscere al giudice. Trattandosi del capriccio di una bestia, coteste circostanze possono sovente essere fallaci, e quindi ecco un' occasione di contese e litigi, i quali, per quanto è possibile, debbono essere dalla legge prevenuti.

IV. Ritenuto adunque che il dominio non si dee perdere senza il concorso della nostra volontà chiara ed aperta, sono di parere che in quella stessa maniera che per diritto romano il padrone non perde il dominio sopra il servo fuggitivo (69), così negli odierni costumi non debba perdere il dominio dell'animale mansuefatto, qualora egli stesso col' fatto proprio non dimostri l' animo di non volerlo più nel numero delle sue cose. Il qual' animo si può senza dubbio argomentare dalla sua negligenza, allorchè entro un certo spazio di tempo, dalla legge definito, abbia trascurato di farne ricerca. Questo principio, il quale per

(68) L. 8. ff. ad l. Rhod. de jact.
(69) L. 1. et. tot. tit. Cod. de serv. fug.

se stesso protegge i diritti inviolabili di proprietà, fu ricevuto nell'uso forense di parecchie nazioni (70), e con somma lode è sanzionato in alcuni de' moderni codici italiani.

V. La legislazione degli Stati Sardi prescrive che il proprietario degli animali mansuefatti ha il diritto di reclamarli entro lo spazio di venti giorni, scorso il qual tempo senza alcun reclamo, essi appartengono al primo che gli abbia occupati (71): simile è la disposizione del codice Austriaco, salvo che il tempo per reclamarli è più esteso, accordandosi per tale effetto lo spazio di quarantadue giorni (72). Cotesti principii di giurisprudenza sono savissimi; imperciocchè, dietro tale disposizione, non perdasi il dominio per questo, che l' animale mansuefatto ha perduto la sua abitudine di andare e tornare; ma perchè il proprietario, lasciando decorrere il tempo dalla legge definito pel reclamo dell' animale, mostra una volontà chiara ed aperta, non interpretata e supposta, di volerlo abdicare, comportando che un altro l' acquisti in via di prescrizione o usucapione.

VI. È notabile che mentre la legislazione Albertina dispone che il proprietario abbia il diritto di reclamare gli animali mansuefatti entro il termine di venti giorni, forma a questa regola generale un' eccezione riguardo ai colombi, ai conigli ed ai pesci. Uniformandosi in questo alla legislazione di Francia (73) a quella di Napoli (74) e di altri principati italiani, prescrive che i colombi, conigli e pesci che passano ad un' altra colombaia, conigliera o stagno, si acquistino dal proprietario di questi oggetti, quando non sianvi stati attratti con arte e con frode (75). Piacemi rivolgere un momento le mie osservazioni sopra la disposizione di questo articolo, per dimostrarne la ragionevolezza. Varrone (76) Columella e altri che scrissero di cose rustiche, egregiamente insegnano che i colombi, i conigli ed altre specie di animali mansuefatti, sono di due sorta: selvaggi e ruvidi, più dolci e quasi mansueti. I primi sono ritenuti nelle eminenze, nelle torri, colombaie o conigliere; i secondi si pascono di cibo domestico entro la medesima abitazione del proprietario, assuefatti a vedere tuttogiorno l'aspetto di

(70) Voet, comm. ad. Pand. tit. de acq. rer. dom. n. 7. Joann. Fabr. hic n. 7. Autumnus, confer. du droit: in l. naturalem 5. ff. de adq. rer. dom.

(71) Cod. Albert. art. 684.

(72) Cod. civ. Austr. art. 384.

(73) Cod. civ. Franc. art. 564.

(74) Cod. civ. delle D. S. art. 489.

(75) Cod. Albert. art. 684. junct. art. 474.

(76) De re rustica, lib. 3. cap. 7.

esso: quelli, per così dire, ritengono quasi sempre la loro libertà naturale, questi all' opposto sembrano in certo qual modo averri rinunciato: quelli sono di natura fiera, questi mansuefatti. L' articolo 474 della legislazione Albertina, parlando de' colombi, conigli e pesci che passono ad un' altra colombaia, conigliera o stagno, contempla quelli della prima specie, quantunque, per opposizione a quelli animali che non hanno certa dimora, li chiami mansuefatti (77).

§. Item ea, 17.

SOMMARIO

I. *L'uomo non è nato per lo stato selvaggio.*
II. *Delle primitive società naturali.*
III. *Origine delle guerre e delle prede.*
IV. *Principii del diritto romano.*
V. *Costumi degli odierni popoli di Europa.*

I. Parecchi filosofi, il cui nome è noto abbastanza, sostennero, a spada tratta, che gli uomini, prima di riunirsi e formare tra essi le società politiche, vivessero in uno stato totalmente selvaggio, errando pe' boschi al pari de' bruti, sciolti dal vincolo di ogni legge, e stranieri ad ogni rapporto di convivenza. Dal quale assunto, facendosi più addentro, dedussero che questo stato primitivo della umana specie fosse conforme alla loro natura, e che perciò, abbandonandolo, e formando tra essi le società civili, abbiano deviato dal fine, cui la natura medesima gli avea destinati. Quest'opinione, in brevissime parole, si restringe a dire che noi abbiamo degenerato dalla natura, perchè non siamo vissuti come le bestie. Ella sa troppo di misantropia, per darle fede. L' uomo, come saggiamente osserva il Filangeri, ha ragione e parole; ha segni di convenzione per trasmettere le proprie idee: nutre l'ambizione di piacere e dominare; sente della compassione, della beneficenza, dell'amicizia; è capace di una moltitudine di affetti e passioni diverse. La natura gli avrebbe inutilmente largito tanti mezzi per farsi distinguere da' bruti, se l' avesse creato per vivere al pari di essi.

II. L' uomo adunque non è nato per andare vagando ne' boschi e fuggire l' aspetto de' suoi simili; ma per vivere e convivere tra essi. Le primitive società non erano però società civili e politiche, ma me-

(77) Cod. Albert. d. art. 684.

ramente naturali. La condizione degli uomini era la medesima; non erano distinzioni sociali, prerogative di nascita e di grado. Tutti erano nobili, perchè tutti ugualmente composti di anima e di corpo, forniti di ragione e di mezzi per comunicare le proprie idee; tutti ignobili, perchè tutti nati ugualmente della creta. Altra disuguaglianza non era tra loro che nella robustezza del corpo, e in questa disuguaglianza consistevano tutte le distinzioni di quelli che formavano il corpo morale della società: solo le forze fisiche erano quelle che tenevano luogo di nobiltà, di padronanza, di giudice e di legge.

III. Da questa disuguaglianza ebbero origine quelle associazioni, di cui altrove parlammo (78). Chi avea impiegato i suoi sudori per rendere pieghevole un ingrato terreno, avea giusta ragione di escluderlo dal dominio comune; questa ragione gli somministrava un diritto, ma il civile era ignoto, nè rimaneva che il naturale: per difenderlo era mestieri far ricorso alla forza, non alle leggi. Indi nacquero le guerre, e siccome tutti i popoli facevano uso di questo mezzo per difendere il proprio, e per usurpare l'altrui, così le guerre si chiamarono di diritto delle genti. L'uomo che, armando i suoi vassalli, spingevasi a togliere con la violenza il prodotto delle fatiche altrui, commetteva un' ingiuria, e recava un danno: la prima si dovea punire, il secondo risarcire: fu per tal uopo stimata giustizia di togliere all' invasore il suo, e così ebbe origine la legittimità delle prede.

IV. Ne' primordi delle repubbliche e de' regni la preda fu ritenuta il compenso di quelli che servivano alle vedute del condottiero o del capo. Il mezzo più spedito per animare i sottoposti a combattere era quello di lasciar loro una parte di quello che avrebbero occupato. Presso i Romani le cose degl' inimici venivano considerate come di nessuno, e perciò cedevano in utile del primo occupante (79). Eglino però distinguevano le cose mobili dalle immobili: queste rimanevano al fisco e si pubblicavano (80), quelle appartenevano al primo occupante, qualora l'azione o il fatto d' arme non riguardasse il pubblico ministero. In ogni caso i prigionieri di guerra diventavano servi del vincitore (81).

V. Del resto, mutati i costumi de' popoli, l' antico diritto delle genti ebbe a soffrire una grave alterazione, la quale distrusse buona

(78) Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. III. lib. I. di queste Istituz.
(79) L. 1. §. 1. ff. de acq. poss.
(80) L. si captivus. 20. §. 1. ff. de captiv. et post l.
(81) Voet, comm. ad Pand. tit. de acq. rer. dom. n. 8. Vinnio, in hunc. §. n. 2.

parte della romana legislazione sopra questa materia. Come altrove osservammo (82), la schiavitù è oggigiorno abolita. Lo spirito di gentilezza cavalleresca influì non poco a render migliore il trattamento de' captivi sino da parecchi secoli scorsi; e perciò vennero con disapprovazione notati gli abusi di potere sopra i prigionieri di nobile lignaggio (83), sebbene nelle guerre che il poter regio o l' aristocrazia ebbe a sostenere contro le città del mezzo giorno della Francia o della Fiandra, si vedessero frequenti gli eccessi dell' odio (84). Ciò non pertanto negli attuali costumi di civiltà, cui sono giunti i moderni popoli di Europa, si osservano in generale nelle guerre gli usi seguenti.

Il territorio conquistato rimane spesso al vincitore in tutto o in parte, ed i suoi abitanti diventano cittadini dello stato conquistatore. Nondimeno terminando la guerra con trattati, i medesimi confermano l'occupazione o la conquista in forma di cessione in parte o in tutto del territorio invaso. In queste circostanze si fanno pure talvolta abbandoni vicendevoli cambi di paesi diversi da quelli, in cui vi fu la guerra (85).

L' artiglieria, le armi di ogni specie, le provvisioni militari che le milizie al soldo dello stato prendono al nemico, appartengono allo stato, e i generali e soldati che ritènessero qualche cosa per loro, sarebbero colpevoli di peculato (86).

Tra le cose mobili si lasciano ordinariamente a' soldati i bagagli da essi tolti al nemico. Si lascia ad essi eziandio ciò che hanno preso nel saccheggio e nelle scorrerie, quando questi orribili flagelli della guerra siano stati autorizzati da' capi.

Tuttavolta il bottino da noi fatto a danno dei nemici non si reputa appartenerci definitivamente, rispetto ad essi, se non quando sia stato condotto in luoghi protetti dalla nostra potestà pubblica (87); Imperciocchè sino allora possiamo perderlo da un momento all' altro (88).

(82) Veggasi quello che abbiamo detto nel titolo III. lib. I. di queste Istituzioni.

(83) Maffei, scienza cavalleresca.

(84) Veggasi il Bentivoglio, Guerre di Fiandra, lib. VII, Hug. Grozio, Annal. Beligiq. lib. II. annal. 1573.

(85) Durant. cors. di dirit. civ. lib. 2. tit. 2. §. 341.

(86) Durant, ibidem §. 342.

(87) L. 5. §. 1. ff. de captiv. et post. rev. Einecc. Elem. jur. §. 348.

(88) Veggansi il Puffendorfio, de jur. nat. et gent. lib. IV. cap. VI. §. 14. Montesquieu lib. IX. cap. 2. e 3.

§. Praeterea, 20.

SOMMARIO

I. *Dell' alluvione. Distinzione delle leggi romane.*

II. *Negli odierni costumi l' alluvione non ha luogo ne' siti abbandonati dal mare.*

I. L' alluvione è un aumento del fiume poco per volta e insensibilmente recato al nostro fondo per modo, che non si può conoscere in quanto tempo ed in qual modo ci sia pervenuto. Quest' aumento, per diritto delle genti, spetta al proprietario del fondo medesimo; imperciocchè l' accessorio segua mai sempre la condizione del principale. Le leggi romane però distinguono in questa materia i fondi o campi arcifinii dai limitati. Chiamansi arcifinii quelli che hanno per termine o confine lo stesso fiume; fondi limitati, sono propriamente quelle porzioni di terreno tolte al nemico, e dalla repubblica assegnate a' particolari, sotto una certa determinazione e misura. Siccome questi ultimi hanno i confini e termini già limitati e prescritti, così il diritto di alluvione, riguardo a' privati, non ha luogo che ne' fondi arcifinii o illimitati (89); negli altri questo diritto spetta alla repubblica o al principe (90). È opinione di parecchi Dottori che la differenza tra' fondi o campi arcifinii e limitati, rapporto all' alluvione, oggigiorno non sia più in uso (91), il che presso noi non si può di certo affermare (92),

II. Vuolsi pertanto avvertire che sebbene la disposizione del presente paragrafo sia sanzionata da pressocchè tutti i moderni codici italiani e stranieri (93), negli odierni costumi non ha luogo ne' siti abbandonati dal mare, la cui proprietà rimane al Principe o allo stato (94).

(89) L. in agris. 16. ff. de adq. rer. dom. Fac. l. 1. §. si insula, 6. de flumin. Donell. comm. jur. civ. lib. IV. cap. 27.

(90) Arg. d. l. 16. ff. de adq. rer. dom.

(91) Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 2. tit. 1. §. 554. in not.

(92) Ruota, in Sabinens. seu Civitatis Castellanae spolii et reintegrationis §. 7. del 1. Maggio 1784. avanti de Bayane.

(93) Cod. Albert. art. 465. Cod. Austr. art. 411. Cod. Parmens. art. 586. Cod. delle D. S. art. 481. Cod. Ticin. art. 295. Cod. Civ. Franc. art. 556.

(94) Cod. Albert. art. 466. Cod. Civ. Franc. art. 357. Veggasi quello che abbiamo detto nel §. primo tit. I. di questo libro.

§. Insula, 22.

SOMMARIO

I. *Principii del diritto romano.*
II. *Costumi odierni.*

I. È noto che spesse volte il fiume non accosta alle ripe o ai fondi de' particolari quelle particelle di terra ch' esso seco trascina nel suo corso, ma in vece, fermandole e deponendole tutte in un posto, poco per volta le accumula, le ammucchia e spesso ne forma un' isola. Gli antichi giureconsulti, e, dopo loro, Giustiniano non mancarono di usare alcune distinzioni per conoscere a chi se ne dovesse attribuire il dominio. Fu quindi stabilito,

Che se l' isola fosse situata nel centro del fiume, il dominio di essa appartenesse a' padroni de' fondi situati nell' una e l' altra ripa, a proporzione dell' estensione o lunghezza de' fondi medesimi;

Che se l' isola fosse nata sotto il centro del fiume e presso ad una delle due ripe, il dominio di essa dovesse aggiudicarsi al proprietario de' campi vicini all' isola.

Che se il fiume, diramandosi repentinamente in due parti, e poscia insieme ricongiungendosi in un altro luogo, circondasse con l' acque il campo di un proprietario, formandone in tal modo un' isola, questa dovesse appartenere al proprietario del fondo circondato dalle acque.

Tutte queste regole però furono escluse quanto all' isole formate dal mare; imperciocchè, venendo esse riputate come cosa di nessuno, si tennero cadute in dominio del primo occupante (95).

II. In parecchie nazioni di Europa le sopraddette distinzioni non sono affatto osservate, mentre tutte le isole nate ne' fiumi e nel mare si ritengono come cose pubbliche, cioè spettanti al sovrano o al popolo. Presso noi però, come presso i rimanenti Principati Italiani e nella Francia, sono in pieno vigore, e quasi tutti i moderni codici, desumendo i principii dalla legislazione di Giustiniano, le hanno espressamente sanzionate (96). Havvi però eccezione rapporto al mare e ai fiumi navigabili, avvegnacchè, spettando essi, come altrove osservam-

(95) Hic, et l. 7. §. 3. l. inter. 29. l. ergo 30. §. tribus, 2. ff. de adq. rer. dom. l. 1. §. si insula, 6. ff. de fluminib.

(96) Ruota, Decis. 202. part. 15. recent. Cod. Albert. art. 470., e seg. Cod. Austr. art. 407. Cod. delle D. S. art. 487. Cod. Civ. Franc. art. 561.

mo (97), al principe o allo stato, negli odierni costumi spettano al principe e allo stato anche tutte le isole in essi formate (98). Del resto, nello stato Pontificio, se togli il Tevere, non sono fiumi navigabili; ed anche rapporto a questo, che non tutto è navigabile, sembra che tale eccezione non sia osservata (99).

§. Quod si naturali, 23.

SOMMARIO

I. *Teorie del diritto romano.*
II. *Opinione de' Dottori.*
III. *Decisioni de' Tribunali = Legislazione estera.*

I. È disposizione delle leggi romane che se per avventura un fiume cambia il suo corso, l'alveo abbandonato dalle acque venga acquistato da quelli che possiedono i fondi vicini alle due ripe, conforme la loro estensione e grandezza. Il nuovo alveo diventa pubblico, perchè pubblico è il fiume stesso. Se il fiume dopo qualche spazio di tempo abbandona il nuovo alveo, ritornando all' antico o indirizzando il suo corso altrove, secondo la risposta di Gaio (100), questo nuovo alveo, escluso l' antico proprietario, si acquista ugualmente in proporzione dai proprietari dei fondi adiacenti. Il tenore di questa legge è, senza dubbio, durissimo, imperciocchè noi veggiamo che i terzi, ossiano i proprietarii de' fondi adiacenti, mediante le regole dell' accessione, riportano un vantaggio evidente a carico del proprietario del fondo occupato dal fiume. Gaio stesso, conoscendo il rigore della sua risposta, la modificò dicendo ch' essa in pratica difficilmente ha luogo (101). Giustiniano però, seguendo più le regole dell' accessione che quelle dell' equità, confermò pienamente la prima sentenza del giureconsulto, sebbene il giureconsulto in appresso la riprovasse (102).

(97) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 2. hoc tit.

(98) Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 2. tit. 1. §. 568. Pothier, du droit. de propriété, part. I. ch. II. sect. 3. art. 1. n. 161. Cod. Austr. art. 407. Cod. Albert. art. 469. Cod. civ. Franc. art. 560.

(99) Ruota, in Narniens, seu Hortana alluvionis del 18. Giugno 1696. avanti Molines; et ead. del 8. marzo 1697. avanti Pio.

(100) L. 7. §. 7. ff. de adq. rer. dom.

(101) D. l. 7. §. quod si toto, in fin. ff. eod.

(102) Voet, comm. ad Pand. tit. de adq. rer. dom. n. 18. in princ.

II. Gl' interpreti vollero conciliare Gaio con Giustiniano, l' equità col sommo rigore della legge, proponendo alcune distinzioni corrette da' principii del diritto; dissero che se il fiume ritornasse al primo letto o divertisse altrove; dopo breve spazio di tempo e quasi tutto a un tratto, senza avere alterato l' aspetto del fondo, il proprietario ne ricovrasse il dominio; ma, se, all' apposto, il fiume occupasse il fondo per lungo spazio di tempo, ne avesse cambiato la forma, e poscia divertisse poco per volta e quasi insensibilmente, il nuovo alveo abbandonato, secondo il tenore della legge, cedesse in utile a' proprietari de' fondi adiacenti: posero la ragione della differenza in questo, che nel primo caso la mutazione dell' alveo si dee ritenere come un' innondazione, la quale, essendo momentanea, non toglie, nè prescrive il diritto del proprietario; ma nel secondo il diritto del proprietario sembra in certo qual modo prescritto dalla lunghezza del tempo, mentre è di pubblico interesse che si tolga di mezzo ogni occasione di litigio (103). È certo però che questa distinzione non rinfranca il proprietario del danno che riceve nel secondo caso. Se la legge voleva togliere ogni occasione di liti, poteva impiegare mezzi più equi che quello di dare un aumento a' beni altrui, mediante la sventura intravenuta a un terzo; allegare la prescrizione è cosa irragionevole, poichè la prescrizione è basata sulla negligenza, nè al proprietario si può rinfacciare negligenza alcuna, perchè non ha agito contro chi non poteva agire.

III. La pratica de' nostri tribunali non ha derogato alla legislazione di Giustiniano, ponendo in uso, secondo la differenza de' casi, la distinzione sopraddetta (104). Con più retto consiglio però vi derogarono quasi tutte le vigenti legislazioni d' Italia, le quali, conoscendo essere la disposizione Giustinianea contraria all' equità, e conformandosi a quell' inconcusso principio che il danno altrui non dee recar vantaggio a chicchesia, stabilirono che se un fiume o una riviera navigabile, inserviente a trasporto o no, si aprisse un nuovo corso, abbandonando l' antico letto, i proprietari de' fondi recentemente occupati si abbiano per indenizzazione a dividere l' antico letto abbandonato, ciascuno in proporzione del terreno che gli è stato tolto. Laonde, secondo

(103) Vinnio, ad hunc. §. Voet, comm. ad Pand. tit. de adq. rer. dom. n. 18. Richer. univ. civ. et crim. jur. Inst. lib. 2. tit. 1. §. 581. et seq.

(104) Ruota, in Amerina, seu Balneoreg. Alluvionis, 20 gennajo 1755. avanti Molino, e la med. del 5. Aprile, e 21. Giugno 1766. avanti Canillac; idem del 1. Febbrajo 1754. avanti Molino.

questa giurisprudenza, il padrone del fondo occupato dal fiume viene rinfrancato del danno ricevuto, conservando il diritto sopra l' alveo abbandonato; i proprietari de' fondi adiacenti non prendono alcun vantaggio pel danno incolto ad un terzo; non è messa in ballo una prescrizione intempestiva; l' occasione de' litigi è tolta con un mezzo reale, non ideale; e la giustizia commutativa è veramente conservata. Il codice Austriaco (105), l' Albertino (106), il Siciliano (107), il Ticinese (108), e il Francese (109) meritano encomio per avere sanzionato questi principii, da' quali unicamente si allontana il codice di Parma (110).

§. Quum ex aliena, 25.

SOMMARIO

I. *Della specificazione.*

II. *Osservazioni sopra gli esempi da Giustiniano recati in questo paragrafo.*

III. *Censura riguardo al frumento trebbiato dalle altrui spighe.*

IV. *Opinione de' Sabiniani abbracciata dalle moderne legislazioni d' Italia e di Francia.*

I. Perdoni il lettore se io lo dico; ma è una vera lezione da maestro di scuola questa lunga intemerata, con la quale Giustiniano e Triboniano vengono a riferirci le antiche dispute de' Sabiniani e Proculeiani rispetto alla specificazione. In una parola, abbracciando egli la media sentenza, prescrive che se la materia impiegata per formare la nuova specie si possa ridurre alla sua forma primitiva, la nuova specie appartenga al padrone della materia, in caso diverso all' artefice. La qual regola, rispetto a quest' ultimo, procede anche meglio, quando la nuova specie sia stata fatta parte colla sua materia, parte con quella di un altro. Laonde se Primo, per esempio, abbia spremuto il vino o l' olio dall' uve ed ulive di Secondo, il vino e l' olio spetta a Primo, perchè tanto l' uno che l' altro non si può ridurre altrimenti ad uve ed ulive; ma se all' apposto Primo abbia fatto un calice con l' argento

(105) Art. 409.
(106) Art. 473.
(107) Art. 488.
(108) Art. 298.
(109) Art. 563.
(110) Art. 593.

o un anello con l' oro di Secondo; il calice e l' anello spettano a Secondo, perchè tanto l' uno che l' altro si possono di nuovo ridurre in mero oro ed argento. Sino a questo segno la disposizione del diritto comune, o, per meglio dire, questa media sentenza, potrebbe forse parer ragionevole: dico forse, poichè non manca cui non talenti (111), come non talenta a me medesimo. E al vero, io non so vedere per qual giusta ragione la roba nostra debba cessare di appartenerci, e ci si renda inservibile, perchè un altro, in buona o mala fede, senza nostra saputa e consenso, n' ha fatto una nuova specie. E quando pur fosse che, dietro la nuova forma, la nostra materia non ci potesse più servire, a me parrebbe che questo dovesse farsi giudicare al proprietario, non alle regole della specificazione. Allorchè gli autori della media sentenza volevano adottare questa massima, dovevano almeno accordare la preferenza al proprietario, e (semprecchè la mano d' opera non fosse tanto pregievole che sorpassasse d' assai il valore della materia) (112), dargli l' elezione di riprendere, o ricusare la nuova specie fatta col suo. Il codice d' Austria, uniformandosi, secondo il suo stile, alle disposizioni di diritto più naturali, fece di questo una legge espressa (113); e ciò con somma antiveggenza e giustizia; imperciocchè, togliere al proprietario un dominio che forse ama più di qualunque indennizzazione, per questo, che un altro ha fatto da padrone al buio, è cosa veramente irragionevole, non che ingiustissima.

II. Ma se l' opinione di Proculo e quella degli autori della media sentenza è generalmente ingiusta, vie meglio ingiusta, per non dire assurda, è negli esempli, anzi pessimi che no, allegati prima da Gaio (114); e poscia da Giustiniano e Triboniano nel presente paragrafo. Essi vogliono che se Primo abbia spremuto il vino o l' olio dall' uve od ulive appartenenti a Secondo, il vino e l' olio non spetti a Secondo, ma a Primo, e ciò perchè? perchè il vino non può tornar uva, nè l' olio ulive. La ragione è ben frivola, e gli esempi son quasi contrari alle regole stesse della vera specificazione. Imperciocchè, come egregiamente osserva il Puffendorfio (115), e dopo lui il Pothier (116) il vino e l' olio che un altro ha spremuto dalle nostre uve od ulive

(111) Connan. lib. 3. cap. 6. Puffendorf. de jur. nat. et gent. lib. IV. cap. 7. §. 10. Pothier, du droit de proprieté par. I. ch. II. sect. 3. art. 4. N. 188.
(112) Arg. l. 9. §. 2. ff. de adq. rer. dom. §. si quis in aliena, 34. Inst. hoc tit,
(113) Cod. Civ. Austr. art. 415. Puffend. de jur. nat. et gent. lib. IV. c. 7. §. 10,
(114) L. 7. §. 7. ff. de adq. rer. dom.
(115) Det. lib. 4. cap. 7. §. 10.
(116) Loc. cit.

era già esistente nelle medesime uve ed ulive nostre; ed egli, sbarazzandoli dal luogo ove stavano contretti, non ha per certo fatto una nuova sostanza, alla quale egli abbia dato l' esistenza. Questa non è propriamente una specificazione; ma più presto una raccolta: è la natura medesima, benchè non immediatamente, che forma il vino e l' olio, non già lo studio e la sapienza umana. E veggasi, in grazia, di qual portata sia l' assurdo di questa media sentenza. Suppongasi che un tale abbia col mio marmo fatta una scultura elegantissima: in questo caso si può affermare ch' egli abbia dato forma ed essere alla mia materia, la quale prima non era che una massa informe: egli v' ha speso industria, travaglio, ingegno, dottrina e studio; ha fatto esistere cosa che prima non esisteva; ha realmente effigiato una specie nuova, distinta e perfetta. Ciò non dimeno, solo perchè quella scultura si può nuovamente ridurre a marmo, la decisione delle leggi romane è in favore del proprietario della materia, laddove in questo caso sarebbevi piuttosto ragione di escluderlo. Ma se, al contrario, un tale, senza operazione d' ingegno, senza studio, fatica od industria, non abbia fatto che impiegare l' uve e l' ulive all' uso loro naturale e più comune, viene escluso il proprietario, laddove invece sarebbevi ragione di escludere l' artefice.

III. Maggiore assurdo, checchè ne dica in contrario il Voet (117), è che Giustiniano ritiene come una sorta di specificazione la trebbiatura delle spighe, e perciò assegna il dominio del grano all' artefice, escludendone il proprietario. Gaio medesimo (118), che, come sopra osservammo, fu pure di sentimento doversi accordare all' artefice il dominio dell' olio e del vino derivato dall' uve ed ulive di un altro, si astenne da questa opinione riguardo al grano, osservando che il grano esisteva già nella spiga, e che, per conseguenza, quegli che il fa uscire, non forma una nuova specie; ma solamente scopre quella che già esisteva. E al fermo, la stessa ragione naturale ci fa conoscere che il frumento, o nella spiga o fuori della spiga, è sempre frumento; e che è un assurdo il togliere al proprietario il dominio di quello ch' egli stesso era per fare. Sembra impossibile che Gaio, il quale ebbe un senso così aggiustato riguardo al frumento tratto dall' altrui spighe, non sia stato dello stesso avviso ne' casi esposti nel numero precedente (119).

(117) Comm. ad Pand. tit. de adq. rer. dom. n. 21.

(118) In d. L. 7. §. 7. ff. de adq. rer. dom.

(119) Veggasi il Puffendorfio, lib. IV. cap. VII. §. 10. il Vinnio, ad hunc §. n. 5. Richer. univ. civ. et crim. jur. Inst. lib. 2. tit. 1. §. 600. Pothier, du droit. de proprieté part. I. ch. II. sect. 3. art. 4. n. 183. Connan. lib. 3. cap. 6. Toboni, Elem. jur. civ. ad hunc tit.

IV. Io, per me, non pendo in forse che Sabino Cassio, e in generale tutta la scuola de' Sabiniani, debba in pratica prevalere non solo a Proculo ed a Nerva, ma benanche a Gaio e Giustiniano e a tutti gli autori della media sentenza. Ottimamente argomentavano i Sabiniani: essere alla ragione naturale convenientissimo che il proprietario della materia debba eziandio rimaner proprietario di quello che con la sua materia fu fatto, imperciocchè senza di essa niuna specie potea sussistere: per diritto delle genti esser nostro tutto ciò che dal nostro nasce, o vien fatto: nulla essere più contrario all' equità che il trasferire in altro ciò che ci appartiene, qualora non v' ebbe di mezzo il fatto o la colpa nostra (120). Le moderne legislazioni d' Italia e di Francia, traendo i canoni di giurisprudenza solo dall' equità delle leggi romane, abbracciando l' opinione di Sabino, con somma laude prescrissero che se un' artefice, o qualunque altra persona, ha impiegato una materia che non gli appartiene, per formare una cosa di nuova specie, possa o non possa questa materia riprendere la sua forma primitiva, la nuova specie spetta al proprietario, rimborsando il prezzo della mano d' opera (121). In questa maniera posero in non cale tutte le dispute di Proculo ed abolirono con la media sentenza tutta questa lunga intemerata di Giustiniano.

§ Cum in suo, 29.

SOMMARIO

I. *Dell' azione* de tigno juncto.
II. *Abolizione della medesima.*

I. Le leggi romane dispongono che se un tale abbia con l' altrui materia fabbricato nel proprio terreno, diventa padrone della materia medesima, finchè essa rimane unita al suolo. Il proprietario della materia non può ripeterla, imperciocchè una legge delle XII. tavole proibisce di levare da un edifizio qualunque cosa, di cui sia l' edifizio formato, come i travi, le pietre, le teghe, i cementi, la calce, l' arena e tutte altre cose indicate con la parola generica *tigno* (122). La

(120) D. l. 7. §. cum quis. junct. l. 12. §. 3. ad exlb. l. id. quod. nostrum 11. de reg. jur.

(121) Cod. Civ. Austr. art. 415. Cod. Albert. art. 480. Cod. delle D. S. art. 495. Cod. Civ. Franc. art. 570.

(122) Donell. lib. 4. cap. 33.

ragione di questa proibizione è d'impedire che non le ruine deformino il pubblico ornato. Tuttavolta sarebbe contro l'equità che il padrone della materia avesse a perdere il suo senza indenizzazione, e perciò la legge gli concede l'azione *de tigno juncto*, contro l'edificante tanto di buona che di mala fede. Con tale azione egli può conseguire il doppio valore della materia impiegata nell'edificio; essa è meramente penale, è perciò l'edificante di mala fede, oltre il doppio pagamento, è tenuto anche alla restituzione della materia, oppure alla stima di essa; quanto all'edificante di buona fede, contiene il prezzo della materia medesima e nel resto la pena; nulladimeno egli può liberarsi da tale azione, restituendo le pietre, i legnami ec., qualora non siano deteriorati o resi inservibili (123).

II. Secondo la comune sentenza di tutti gl'Interpreti, quest'azione pel conseguimento del doppio è abolita nell'uso del foro. Quindi negli odierni costumi di tutte le nazioni il padrone della materia non ha azione contro l'edificante, che per conseguire il vero prezzo di essa, con aggiunta la rifazione de' danni, qualora l'edificante sia in mala fede (124).

§. Ex diverso, 30.

SOMMARIO

I. *Dell'edificio fatto co' propri materiali nel fondo altrui.*
II. *Principii del diritto romano.*
III. *Osservazione sulla disposizione del presente paragrafo.*
IV. *Pratica odierna.*
V. *Negli odierni costumi compete l'azione al possessore che rassegnò il possesso senza diffalcare le spese.*
VI. *Legislazione estera.*

I. L'Imperatore, dietro un passo di Gaio (125), dispone che se un tale, essendo in possesso dell'altrui suolo, vi faccia un edificio, possa, qualora abbia fabbricato in buona fede, conservare il suo possesso, finchè il proprietario del suolo l'abbia soddisfatto del valore dell'edificio e delle spese da lui sostenute. Imperciocchè, secondo le regole dell'ac-

(123) L. in rem, 23. §. tignum, 6. ff. de rei vind. Cujac. in d. l. in rem, Vinn. ad hunc §.

(124) Richer. univ. civ. et crim. jur. Inst. lib. II. tit. I. §. 610. Cod. Civ. Austr. art. 417. Cod. Albert. art. 461. Cod. delle D. S. art. 479. Cod. Parmens. art. 578. Cod. Civ. Franc. art. 554.

(125) Nella l. 7. §. 72. ff. de adq. rer dom.

cessione, l' edificio, come accessorio, segue il principale, cioè il suolo. Nulladimeno, caduto l' edificio, ha diritto di riprendere la materia (126). Ma se, all' opposto, abbia fabbricato in mala fede, perde la proprietà della materia di modo, che, guastato l' edificio, non ha diritto di ripeterla, e non ha azione per essere rimborsato del valore della medesima e delle spese da lui incontrate. Imperciocchè al possessore di mala fede si possa sempre obbiettare di avere inconsideratamente fabbricato nel suolo altrui. Qualora però l' edificante, sebbene di buona fede, non sia in possesso dell' edificio, non gli compete azione alcuna per essere indennizzato della materia e delle spese.

II. Due sono le conseguenze che si deducono dal tenore di questo paragrafo. La prima è che il possessore, il quale con mala fede abbia fabbricato nel suolo spettante ad un altro, perde il dominio della materia, senza potere diffalcare le spese da lui fatte: la seconda, che il possessore di buona fede perde il valore della materia e delle spese, qualora abbia rassegnato il possesso, senza opporre al proprietario del suolo l' eccezione di dolo malo. La ragione della prima conseguenza è basata sulla presunzione che il possessore abbia voluto donare l' edifizio al proprietario del suolo: la ragione della seconda è, che, secondo il tenore delle antiche leggi, la rifazione delle spese fatte nell' altrui cose non può aver luogo che per via di ritenzione (127). Lasciando da parte la buona o la mala fede, queste conseguenze sono tutte e due contrarie all' equità naturale, mentre, per esse, in entrambi i casi il proprietario del suolo consegue un utile evidente a carico del possessore.

III. La ragione della prima conseguenza è frivolissima; imperciocchè, secondo il senso della ragione naturale e secondo la disposizione delle leggi romane medesime, le donazioni non si sogliono mai presumere, ritenendosi come impossibile che un uomo, senza un proposito al mondo, voglia gettare il suo (128). Ora, se la donazione, in genere, non è mai presumibile, molto meno, in ispecie, si dovrebbe presumere nel caso presente; avvegnacchè quegli che, sapendolo, occupa il suolo spettante ad un altro, e dolosamente, con frande o mala fede v' innalza un edifizio, anzi che donare il suo, mostra più presto l' animo di voler usurpare l' altrui. Egli è perciò che questa legge, essendo basata sopra una ragione così frivola, sopra una presunzione così facile a distrug-

(126) L. 2. Cod. de rei vind.

(127) L. 48. ff. de rei vind. l. 33. ff. de cond. ind. l. 14. ff. de dol. mal. except. l. 21. ad S. C. Trebell.

(128) Cavaler. Decis. 603. et Decis. 41. in princ.

gersi, in pratica si rende per lo più inconcludente. Parecchi Dottori, non che parecchie decisioni de' Tribunali, conoscendo la poca sicurezza di questa ragione, per far decadere il possessore di mala fede dal diritto di pretendere il rimborso delle spese, ricorsero allo spediente della pena. Ma questa è una vera esorbitanza di legge, giacchè tal pena non è sancita in luogo alcuno, e nelle cose odiose non ha luogo interpretazione estensiva. L' unica ragione, per cui la legge esclude il possessore di mala fede dal diritto di ripetere le spese, è fondata sulla presunta donazione; quindi, cessando detta presunzione, dee per conseguenza cessare anche la disposizione della legge (129). Alle quali cose si aggiunga che sebbene la legge civile avesse stabilito questo genere di pene, nulladimeno esse verrebbero corrette dall' equità canonica, la quale per lo più le restringe a' limiti del danno reale (130).

IV. Donde è che in foro, prescindendo dalle spese necessarie, la diffalcazione delle quali è indistintamente concessa a qualunque possessore, la detrazione delle spese utili, secondo la comune sentenza di tutti gl' interpreti, viene parimenti accordata tanto al possessore di buona fede, che al possessore di mala fede, essendo cosa contraria a' principii dell' equità naturale che un altro renda migliore la sua condizione col danno altrui (131). Quindi la distinzione della buona e della mala fede in pratica ordinariamente si ristringe a questi due principali vantaggi; primo, quanto all' equità, per cui si concede la ritenzione sino al rimborso delle spese, giacchè siffatta equità assiste al possessore di buona fede, non a quello di mala fede: secondo, quanto all' imputazione e restituzione de' frutti, delle quali si terrà proposito a' suoi luoghi rispettivi (132).

V. La ragione della seconda conseguenza oggigiorno è inutile, come la conseguenza medesima. Imperciocchè se le leggi civili mancarono di dare l' azione all' edificante che rassegnò il possesso, senza diffalcare le spese, non manca però l' equità de' sacri canoni. Questa massima del diritto romano in foro non è ricevuta, e il possessore, per ripetere le spese da lui fatte, non solo ha il diritto di ritenzione, ma eziandio l' azione (133).

(129) Card. de Luc. de legitim. disc. 35. n. 24.

(130) Card. de Luc. d. disc. n. eod.

(131) Fac. l. plane, 38. ff. de pet. haered. junct. l. nam. hoc natura, ff. de cond. ind. Voet, comm. ad Pand. tit. de rei vind. n. 36. Richer. univ. civ. et crim. jur. Inst. lib. 2. tit. 1. §. 704. Ruota, Decis. 399. cor. Molin. et Decis. 457. utrobique, n. 7. et Decis. 57. n. 6. 7. cor. Olivat.

(132) Veggasi il Card. de Luc. de legitim. disc. 35. n. 26. 36.

(133) Veggasi il Surd. Decis. 78. n. 3. Grazian. discept. for. cap. 442. n. 29. Garzia, de expens. cap. 2. Richer. ubi supra, §. 618.

VI. Le moderne legislazioni d' Italia e di Francia procedono con principii opposti al diritto Giustinianeo. La legge delle XII. tavole, come altrove osservammo, vietava si demolissero gli edificii o costruzioni, acciocchè non la città di ruine si deformasse (134). E questa sola fu la ragione, per cui le leggi romane denegarono l' azione vindicatoria e l' altra *ad exibendum* all' edificante che avea rassegnato il possesso senza difalcare il valore dell' edifizio e delle spese (135). Ma secondo l' attuale giurisprudenza degli stati Sardi, del regno delle Due Sicilie e della Francia, questa massima non viene attesa. Il proprietario ha in ogni caso la scelta di ritenere le opere o di obbligare colui che le ha fatte, a levarle: nella prima ipotesi dee rimborsare il valore de' materiali e della mano d' opera; nella seconda, la demolizione o scavazione dee venire eseguita a spese di chi ha fabbricato o costrutto, ed egli può essere inoltre condannato al risarcimento de' danni ed interessi. Questa disposizione soffre eccezione, quando chi ha costruito o piantato ec. sia possessore di buona fede: in questo caso il proprietario non può domandare la soppressioue delle opere; ma può scegliere di rimborsare il valore che sono costate, o di pagare una somma uguale a quella dell' accresciuto valore del fondo (136). Il codice Austriaco, quanto all' edificante di buona fede, concorda col diritto romano: l' edificante di mala fede viene uguagliato a quello che amministra le cose altrui senza mandato. Del resto, secondo questa legislazione, il proprietario non può esigere che il prezzo comune del fondo, allorchè, essendo consapevole della costruzione dell' edifizio, non l' ha tosto interdetto a chi fabbricava in buona fede (137).

§. Qua ratione, 32.

Le regole esposte ne' due precedenti paragrafi rispetto all' edificio fatto con gli altrui materiali nel fondo proprio, e co' propri materiali nel fondo altrui, hanno parimenti luogo nelle piantagioni, e nelle seminature, e perciò in esse vuolsi procedere a tenore delle distinzioni sopraddette. Se Primo abbia nel pròprio terreno seminato il frumento di Secondo, questo frumento diventa di Primo; e così, all' opposto, se

(134) §. 29. Inst. hoc. tit.
(135) Vinnio Inst. ad hunc §.
(136) Cod Albert. art. 462. Cod. delle D. S. art. 480. Cod. Civ. Franc. art. 555.
(137) Cod. Austr. art. 418.

Primo abbia seminato il proprio frumento nel terreno di Secondo, il frumento diventa di Secondo; imperciocchè l' accessorio segua la condizione del principale. Del resto, in quella stessa maniera che le leggi romane denegavano l' azione a quello che in mala fede avea fabbricato co' propri materiali nel fondo altrui, procedendo con le stesse regole, ugualmente la negavano a quello che col proprio frumento avesse in mala fede seminato nell' altrui terreno; e per la stessa ragione denegavanla a quello che avesse rassegnato il possesso senza difalcare le spese. Ma come queste sanzioni oggigiorno non vengono osservate nei casi antecedenti, così non vengono in pratica osservate anche ne' presenti (138).

§. Literae, 33.

SOMMARIO

Negli odierni costumi la scrittura non cede alla carta.

Il principio che l' accessorio dee seguire la condizione del principale era tanto in vigore presso i Romani, che non si astennero dal decidere dovere la scrittura cedere alla carta, in quella stessa maniera che l' edifizio cede al suolo. Poco rilevava se le lettere fossero d' oro o d' argento, se lo scritto contenesse un' orazione, un poema, un' istoria, un inventario, i segreti domestici di una famiglia e simili (139). La carta, qualunque si fosse, traeva sempre con se lo scritto. Questa disposizione, osserva il giudizioso Pothier (140), è abbastanza ridicola, e, secondo la comune sentenza di tutti gl' Interpreti, nell' uso del foro è abolita (141).

(138) Richer. univ. civ. et crim. jur. Inst. lib. 2. tit. 1. §. 626. Cod. Civ. Austr. art. 420. Veggasi quello che abbiamo nel §. antecedente n. 3. 4. 5.

(139) L. 23. §. 3. ff. de rei vind. l. 9. §. 1. ff. de adq. rer. dom.

(140) Du droit de proprieté, part. I. ch. II. sect. 3. art. 1. n. 173. in fin.

(141) Puffendorfio, de jur. nat. et gent. lib. IV. cap. VII. §. 7. Grozio lib. 2. manud. cap. 8. Vinnio, e Mysingero ad hunc §. Voet, comm. ad Pand. tit. de adq. rer dom. n. 26. Richer. univ. civ. et crim. jur. Inst. lib. 2. tit. 1. §. 628. Cod. Albert. art. 481. Cod. delle D. S. art. 496. Cod. Franc. art. 571.

§. Si quis in aliena, 34.

SOMMARIO

Antinomia fra una risposta di Paolo e di Gaio.

Paolo (142), coerentemente al principio esposto nell' antecedente paragrafo, giudicò che la pittura dovesse cedere alla tavola, senza por mente al pregio dell' opera. Gaio, all' opposto, fu di parere contrario, e per l' eccellenza dell' arte, pronunciò che la tavola dovesse cedere al dipinto (143). Fra queste due risposte v' ha un' aperta antinomia, e saggiamente osserva il Vinnio che debbono far certa professione di conciliatori quelli che la negano. Giustiniano abbracciò l' opinione di Gaio, la quale in pratica non ammette alcun dubbio (144).

§. Thesaurus, 39.

SOMMARIO

I. *Del tesoro.*
II. *Principii delle leggi romane.*
III. *Antinomia fra l' editto di Adriano e la costituzione di Antonino e Vero.*
IV. *Deroga dell' antico diritto.*
V. *Distinzione de' tesori.*
VI. *Pratica odierna.*
VII. *Delle miniere.*
VIII. *Legislazione estera.*

I. Tesoro, in genere, chiamasi qualunque copia di pecunia e di altre cose preziose, tanto se il padrone di esse si conosca, quanto se il padrone sia sconosciuto (145); ma in ispecie, come viene usurpato in questo paragrafo, non è altro che un antico deposito di danaro o di altre cose preziose, del cui padrone non esiste memoria. Gli espositori del diritto naturale, d' unanime consentimento, ne accordano il dominio

(142) Nella l. 23. §. 3. ff. de rei vind.

(143) L. 9. §. 2. ff. de adq. rer. dom.

(144) Concord. il Cod. Franc. art. 571. Cod. delle D. S. art. 496. Cod. Albert. art. 481.

(145) L. thesaurus, 15. ad exib. l. item. Labeo, 22. fam ercisc, l. peregre profecturus, 41. ff. de adq. poss.

al primo occupante, ossia a quello, cui ventura concesse di ritrovarlo (146), nella qual sentenza parve entrassero anche parecchi fra gli antichi giureconsulti (147). Ma siccome molte ragioni militano anche in favore del proprietario del fondo, ove il tesoro vien ritrovato, così altri si avvisarono che il dominio di esse appartenesse a lui soltanto, non all' inventore. Vigendo la repubblica, sembra che la quistione pendesse indecisa: essendo per l' inventore il diritto d' invenzione, pel proprietario del fondo quello di accessione. L' Imperatore Adriano pose termine alla controversia, congiungendo insieme questi due diritti, in forza de' quali concesse metà del tesoro all' inventore e metà al proprietario.

II. Dopo la costituzione di Adriano, la quale venne da Giustiniano confermata, per conoscere esattamente cui si aspetti questo dominio, secondo i principii delle leggi romane, si dee por mente al luogo e al modo con cui il tesoro fu ritrovato. E perciò se il tesoro fu ritrovato nel proprio fondo, il dominio di esso spetta per intero al padrone del fondo medesimo; dacchè in questo caso concorrono a suo favore tanto il diritto d' invenzione, che quello di accessione. Così fatta regola però ha luogo, qualora il padrone, per ritrovarlo, abbia fatto uso di mezzi leciti: s' egli abbia impiegato mezzi illeciti, sortilegi o incantesimi, gli vien tolto dal fisco, il quale se ne appropria il dominio (148). Del resto, chi oggigiorno si mettesse in capo di ritrovare un tesoro per mezzo di sortilegi o d' incantesimi, anzi che della sanzione penale, sarebbe piuttosto meritevole della cura del medico.

Se il tesoro sia stato ritrovato nel fondo spettante ad un altro, convien distinguere se ciò sia avvenuto accidentalmente o a bello studio. Nel primo caso, secondo la regola sopra esposta, il tesoro si dee partire per metà fra l' inventore e il proprietario del fondo, senza far mente se il fondo sia pubblico o privato, se appartenga a Cesare, al fisco, o a qualche università (149): nel secondo, per l' ingiuria recata al padrone del fondo, l' inventore viene affatto escluso (150).

III. Da questa regola generale viene eccettuato il tesoro ritrovato in luogo sacro o religioso, il cui dominio, secondo l' editto di Adriano, spetta totalmente all' inventore. Ma a quest' editto di Adriano è total-

(146) GROZIO, de jur. bell. et pac. lib. 2. cap. 8. §. 7. PUFFENDORFIO, de offic. hom. et civ. lib. 1. cap. 12. §. 6. LAMPREDI, jus publ. univ. p. 1. cap. 8. §. de thesauris.

(147) L. 31. §. 1. ff. de adq. rer. dom.

(148) Hic, et l. unic. Cod. de thesaur.

(149) Hic et d. l. unic. Cod. de thesaur.

(150) D. l. unic.

mente contraria una costituzione di Antonino e Vero, i quali in detto caso assegnano la metà del tesoro al fisco (151). L' Accursio, il Fabbro, il Duareno e il Donello portano avviso che i Divi fratelli abbiano corretto la costituzione di Adriano, e che poscia, come osserva il Covarruvias, sia stata da Giustiniano richiamata in vigore. Donde si vorrebbe conchiudere che l' Imperatore, seguendo la disposizione di Adriano, abbia abrogato la costituzione d' Antonino e Vero. Il Vinnio ed altri, non amando per interpretazione indurre correzione di leggi, conciliano siffatta antinomia, portando parere che Giustiniano nel presente paragrafo, parli del caso, in cui il tesoro sia stato ritrovato in luogo religioso di pertinenza privata; e che la costituzione di Antonino e Vero contempli il caso, in cui il tesoro sia stato ritrovato in luogo religioso, spettante al pubblico o al fisco. La qual opinione è senza dubbio ragionevole, qualora si voglia considerare che gli antichi non solamente avevano nel loro privato dominio luoghi religiosi, come i sepolcri (152), ma eziandio sacri, come i templi (153).

IV. Del rimanente, a queste disposizioni recò gravissima alterazione la famosa pace di Costanza, della quale abbiamo tenuto proposito nell' introduzione di questo titolo. Rovinato l' Impero e soggiogata l' Italia da armi straniere, dopo parecchie vicende si stabilirono nella Dieta di Roncaglia nuovi principii di diritto, mediante i quali Federico attribuì a sè stesso il dominio di quelle cose che anticamente venivano riguardate come di nessuno o proprie di tutti. Fra essi, oltre le vie pubbliche, i fiumi navigabili, i porti e simili, col vocabolo *argenteria* è compreso anche il tesoro. Esso però non è compreso in questo vocabolo come genere, ma come specie; avvegnacchè, secondo la sentenza di molti, il vocabolo *argenteria* non solamente comprende il tesoro, di cui si parla nel presente paragrafo, ma eziandio qualunque metallo. I Dottori più accreditati sonosi a questo proposito divisi in molte opinioni, le quali non giova riferire, bastando al nostro istituto di porre sott' occhio quella che in pratica sembra più ricevuta.

V. Secondo la nostra definizione, il tesoro, preso in largo significato, è qualunque copia di pecunia esistente nella terra, poco rilevando se il padrone sia noto od ignoto. In genere, formano tesoro tutte le cose preziose; queste sono di due specie: la prima abbraccia tutte quelle, cui l' ingegno o l' industria umana dette un essere o forma

(151) L. 3. §. pen. ff. de jure fisc.
(152) L. familiaria, 5. de relig.
(153) L. sacrilegi, 9. §. 1. ad L. Jul. pecul.

determinata, e poscia accidentalmente furono nascoste o sepolte sotto la superficie della terra: la seconda contiene tutte quelle, che non essendo loro stata data una certa forma, perseverano tuttavia nel loro stato naturale. Spettano alla prima specie il danaro, le gemme, l' oro, l' argento o rame collaborato, le statue, gli oggetti antichi e in genere qualunque capo di arte: appartengono alla seconda le miniere d' oro, d' argento, di rame, di ferro, e di qualunque altro metallo. Nella prima specie si debbono nuovamente distinguere il danaro, l' oro, l' argento, le gemme e simili effetti preziosi, cui propriamente conviene il nome di tesoro, dalle statue e dagli altri oggetti di oro, argento, bronzo, rame, o qualsivoglia altra materia o metallo, collaborati e scolpiti, ai quali il nome di tesoro è dato impropriamente.

VI. Premessa questa distinzione, il tesoro improprio, ossia gli effetti di oro, argento ec. collaborati, effigiati o scolpiti, le statue, gli oggetti di antichità e consimili, secondo la sentenza de' pratici, non sono di pertinenza regale, ma privata; e perciò, ritenuta la disposizione del diritto comune, spettano a' proprietari de' fondi, in cui furono rinvenuti (154). Nulladimeno, potendo per avventura accadere che gli scavi fatti per ritrovare questi oggetti rechino danno a' fondi prossimi, ovvero che si facciano con animo di ritrovare un vero tesoro e defraudarne il fisco, così fu ammesso nell' uso, ed oggigiorno è legge (155), che gli scavi non possano farsi senza speciale permesso, sotto pena di scudi ducento, e la perdita degli oggetti ritrovati (156). In questa facoltà di accordare o proibire lo scavo, consiste il diritto di regalìa (157).

Quanto al tesoro propriamente detto, è cosa inutile lo stillarsi il cervello fra le sottili opinioni e distinzioni de' Dottori, se il tesoro sia stato ritrovato nel fondo proprio o nell' altrui; in luogo sacro, religioso o di nessuno; se per caso o studiosamente, con arti lecite od illecite ec. Imperciocchè, come saggiamente osserva il De Luca (158), l' esperienza provi abbastanza che in pratica e nel foro siffatte quistioni sono rarissime e quasi al tutto spente; e se per avventura talvolta ne occorra alcuna, ella non si decide mai co' termini del diritto comune, ma secondo le leggi o consuetudini particolari di ciascun luogo. Posto però che il

(154) Ruota in romana Lapidum et statuarum del 14. maggio 1612. avanti Manzanedo.
(155) Veggasi l' editto del Camerleng. 7. aprile 1820.
(156) D. editt. art. 25.
(157) Card. de Luc. de regalib. disc. 147. n. 8.
(158) De regalib. dict. disc. 147. n. 9.

tesoro venga ritrovato con le debite licenze e cautele, il fisco o la camera ha diritto sopra una parte di esso, la quale viene determinata dalla differenza del luogo, in cui giaceva sepolto (159).

VII. Rispetto a quelle cose che tuttavia perseverano nel loro stato naturale, nel linguaggio de' feudi chiamate miniere, e da noi poste nella seconda specie, i Dottori, come i pratici, formano di esse parecchie distinzioni, dividendole in tre classi: la prima contiene i metalli preziosi, come l' oro e l' argento: la seconda i meno pregievoli, come il rame, l' ottone e il ferro: la terza gl' infimi, come l' arena, la creta e le pietre (160). Ritenuta questa distinzione, i metalli della prima specie sono di pertinenza regia; quelli della seconda, allorchè non v' abbiano consuetudini o leggi particolari, e sieno scoperti ne' fondi privati, sono di pertinenza privata, salva al governo la sopraddetta licenza di proibire lo scavo, e conseguirne una parte, nel che consiste la regalia; quelli dell' ultima, cessando parimenti le leggi e le consuetudini locali, sono anch' essi di dominio privato, e perciò le quistioni che nascono sopra questa materia, debbono tuttavia regolarsi secondo le disposizioni del diritto comune (161).

VIII. Le vigenti legislazioni degli stati Sardi, del reame di Napoli, di Parma, del Ticino, e di altri principati Italiani, non che quella di Francia, sono interamente conformi alla legislazione di Giustiniano (162). Quella degli stati ereditari Tedeschi e Lombardia è più conforme alla nostra (163).

(159) Veggasi la Dissert. di M. Bufferli, della regalia de' tesori n. 13.

(160) Card. de Luc. d. disc. 147. n. 16. Richer. univ. civ. et crim. jur. Inst. lib. 2. tit. 1. §. 537.

(161) Card. de Luc. d. loc. n. 18. 19. Richer. d. loc.

(162) Cod. Albert. art. 685. Cod. delle D. S. art. 636. Cod. Parmens. art. 556. Cod. Ticin. art. 292.

(163) Cod. civ. Austr. art. 399.

TITOLO VI.

DELLE USUCAPIONI E PRESCRIZIONI DI LUNGO TEMPO.

SOMMARIO

I. Gli espositori del diritto naturale convengono nel dire che le prescrizioni sono contrarie alle leggi di natura; imperciocchè non essendo il tempo un ente reale, non può aver forza ed efficacia alcuna di produrre effetti, e, per conseguenza, di aggiungere il dominio al possesso della cosa (164). E' non v' ha dubbio però che niuno o pochi di essi negano l' utile di questa disposizione delle leggi civili, la quale intende a togliere le liti, a render libero il commercio, stabili i contratti, sicuri i dominii. Prima de' Romani, essa fu nota a' Greci, e Platone medesimo la pose nella sua repubblica (165). Non è però certo, se i Romani ne prendessero i canoni dalla greca legislazione, ovveramente se li formassero di per sè stessi; certo è che, secondo le leggi romane, la prescrizione non può procedere, qualora non concorrano nel possessore il giusto titolo, la buona fede, il continuo possesso e lo spazio del tempo dalle leggi prescritto. Nè ciò basta, essendo, di più, necessario che la cosa che si vuol prescrivere, sia nel commercio degli uomini, non santa, sacra e religiosa, non furtiva, non posseduta per violenza. E, quasi ciò non fosse sufficiente, sembra che, per indurre una valida prescrizione, in pratica, come requisito sostanziale, si ricerchi eziandio la scienza dell' antico vero proprietario (166).

II. Questi principii della romana giurisprudenza sono ricevuti ed ammessi nella pratica del foro, salvo alcune modificazioni sopra la buona

(164) Grozio, de jur. bell. et pac. lib. 2. cap. 4. n. 1.
(165) De legib. lib. 12.
(166) Ruota, in Romana immissionis, del 30 aprile 1728. §. Nec urgere, avanti Crispoldo. Decis. 14. avanti Arostegui, e veggansi le Dicisioni ivi allegate.

fede per la correzione introdotta da' sacri Canoni. La buona fede non è altro che l' opinione della giustizia e validità del titolo, pel quale fu acquistato il possesso della cosa in controversia (167). È adunque possessore di buona fede quegli che porta opinione sè avere avuto il possesso e il dominio della cosa dal vero proprietario, sebbene questi in effetto non sia tale (168). Secondo la disposizione delle leggi romane, basta che la buona fede intervenga al tempo della tradizione (169), e poco rileva se, dopo questo tempo, il possessore, conoscendo l' errore della sua opinione, divenga di mala fede. Il diritto Canonico però, correggendo universalmente la disposizione delle leggi romane, prescrive che questa opinione debba rimanere illibata sino al termine; la sopravveniente mala fede interrompe la prescrizione, quantunque, per servirmi di una frase de' pratici, il possessore ritenesse la cosa dieci secoli di spazio (170).

III. La ragione della correzione Canonica è basata sopra il peccato, il quale senza dubbio commette quegli che acquista o ritiene cosa di altrui pertinenza. Cessando questa ragione, cessa per conseguenza la disposizione della legge. È adunque regola manifesta che la correzione delle leggi Canoniche ha luogo solamente, quando la mala fede è reale: la mala fede presunta non reca al possessore alcun pregiudizio; e perciò in essa rimane tuttavia in vigore la disposizione delle leggi romane (171). Del resto, la quistione della buona o della mala fede in pratica non ha sempre lo stesso effetto, e quindi vuolsi andare a rilento nel farne l' applicazione. E in fatti, se la presunzione della mala fede fosse di tal fatta, che la legge non ammettesse prova in contrario, la correzione del diritto Pontificio procederebbe, comecchè in realtà il possessore fosse e tuttavia perseverasse nella buona fede. Tale, per esempio, è la presunzione di mala fede che la legge induce dal giorno, in cui fu mossa la lite, nel qual caso la buona fede non giova, sebbene per avventura il possessore contenda, fiduciando nella sua giusta opinione (172).

In quella stessa maniera che sopra questa materia si dee distinguere la mala fede reale dalla presunta, si debbono parimenti distinguere i

(167) L. 109. ff. de verb. signific.

(168) L. qui a quolibet, 27. de contr. empt. d. l. bonae fidei, 109. ff. de verb. signif.

(169) L. si is, 15. §. ult. l. justo, 44. §. 2. ff. hoc tit.

(170) C. final. de praescript. Bich. Decis. 43. et 373.

(171) Ruota, decis. 270. n. 10. p. 6. rec. Card. de Luc. de credit. disc. 131. n. 22.

(172) Card. de Luc. de judic. disc. 39. n. 14. et seq.

diritti di già acquistati da quelli che non sono peranco acquistati. Imperciocchè, secondo l' opinione più ricevuta e secondo la pratica dei Tribunali, sembra che la correzione delle leggi Canoniche proceda solamente ne' primi, lasciando ne' secondi intatta la disposizione delle leggi romane. Il che forse proverrà da questo, che quando si tratta di prescrivere un diritto da un terzo di già acquistato, il possessore, conoscendo lo stato delle cose, è veramente in mala fede, non potendo egli avere alcuna ragionevole opinione che gli persuada a volerlo ritenere contro ogni giustizia; ma quando si tratta di un diritto che non fu da altri peranco acquistato, il possessore ha tutta ragione di poter credere che l' avversario non voglia affatto acquistarlo; la qual opinione viene confermata dallo spazio del tempo, in cui l' avversario rimase mai sempre in perfetto silenzio. In questo caso, come osserva il De Luca (173), il possessore, anzi che usurpare l' altrui, e far suo quello che non gli appartiene, rimuove piuttosto un ostacolo che gl' impediva di possedere intieramente quello che ha: non questa è usurpazione; ma piuttosto una conferma. Possessore di tal sorta, per esempio, è l' erede testamentario, il quale, mediante il possesso di tempo lunghissimo, prescrive i lasciti fatti nel testamento, quantunque sappia ch' e' sono dovuti (174): a questo consimili sono il coerede che prescrive la porzione del proprio coerede, e l' erede ab intestato che prescrive i diritti del testamentario (175).

IV. Le prescrizioni più cognite, e di cui si fa più frequente menzione nelle leggi romane, sono tre: cioè quella di tre anni per le cose mobili, quella di dieci anni fra' presenti e venti fra gli assenti, concorrendo la buona fede, per le immobili; e quella di trent' anni per qualunque diritto od azione, tanto personale che reale, quantunque il requisito della buona fede sia mancante. Tutte e tre queste sorta di prescrizioni, massime la prima e la seconda, in foro sono di uso rarissimo, ponendo loro non lieve ostacolo i molti requisiti voluti dall' una e l' altra legge; requisiti che assai di rado si ritrovano cumulativamente nella persona del possessore, e che, ritrovati, spesso, per non dir sempre, riescono inutili, atteso la moltitudine delle eccezioni, cui sono sempre soggetti. Fra le quali è di sommo rilievo quella del tempo, dovendosi, pressochè in ogni caso, sottrarre l' età pupillare, la minore, e il tempo, in cui la parte avversaria, per qualche giusto motivo, non ebbe facoltà di potere agire. E per siffatti motivi questa

(173) D. loc.
(174) Decis. 153. p. 8. rec. Card. de Luc. de jud. disc. 21. n. 19.
(175) Card. de Luc. ibid.

maniera di prescrizioni viene in pratica considerata come un intrattenimento accademico: il servirsi del lungo e lunghissimo possesso, per sostenere la prescrizione, è cosa, anzi che imprudente, imprudentissima; miglior partito adunque è quello di prevalersi di esso, per provare, unitamente agli altri argomenti, l'esistenza di qualche titolo; mentre, fra l'altre prove, quella del lungo possesso è sempre di qualche rilievo (176).

V. Le altre specie di prescrizioni, cognite tanto all'uno che altro diritto, sono quella di quarant'anni, la centenaria e l'immemorabile. La prima, qualora in essa concorrano tutti i detti estremi, ha gli stessi effetti delle due rimanenti (177). La terza in pratica è più sicura della seconda, dacchè in essa non occorrono quelle difficoltà sopra l'origine, che, per lo più, sogliono aver luogo nella centenaria (178). Finalmente, secondo la disposizione del diritto canonico, sono presso noi vigenti altre due sorta di prescrizioni, ignote all'antico diritto civile de' romani. La prima deriva dalle regole di Cancelleria, cioè l'annale, la triennale e la decennale: la seconda proviene dal Concilio di Trento ed è quella, per cui, dopo lo spazio di cinque anni, si preclude la via di poter annullare la professione fatta in religione o in qualche monistero (179).

VI. Il Codice di Francia concorda pienamente col Giustinianeo. La prescrizione di dieci, o venti anni procede, riguardo agl' immobili, qualora il possessore abbia giusto titolo e buona fede (180), bastando che quest'ultima esista al tempo dell'acquisto (181). Quella di trenta anni ha luogo in tutte le azioni, tanto reali, che personali, senza che il possessore sia tenuto ad esibire un titolo, e senza che se gli possa opporre l'eccezione di mala fede (182). Questa ultima disposizione del Codice Francese è sancita dalla legislazione degli stati Sardi (183), dal Codice Siciliano (184) e da altri principati Italiani. Più scrupolo-

(176) Card. de Luc. de alien. et contr. disc. 3. Decis. 1. p. 4. rec. tom. 2. et de jud. disc. 21. n. 41.

(177) Decis. 1. p. 4. tom 2. rec.

(178) Card. de Luc. de regalib. disc. 47. de alien. et contr. disc. 3.

(179) Card. de Luc. de benefic. disc. 47. disc. 50. et disc. 91. de regular. disc. 41. et disc. 42.

(180) Art. 2265.

(181) Art. 2269.

(182] Art. 2262.

(183) Art. 2397.

(184) Art. 2468.

so, riguardo alla buona fede, è il codice Austriaco, secondo il quale, provandosi la mala fede del possesso, l'usucapione di trenta o quarant' anni non procede neppure col decorso di questo tempo più lungo (185).

§. Sed aliquando, 1.

Le cose sante, sacre, o religiose non sono nel commercio degli uomini e perciò non si possono da essi prescrivere. Diversa è la disposizione de' sacri Canoni, in forza de' quali la prescrizione procede, se non altro, in favore de' cherici (186). Il possesso civile di un uomo libero o di un servo fuggitivo sono oggigiorno casi impossibili; donde, per quello risguarda questa materia, unitamente al presente paragrafo è la sua parte inutile anche un rescritto di Costantino, il quale stabilisce, che la libertà dell' uomo neppure si prescrive con sessant' anni di spazio (187).

§. Diutina, 12.

SOMMARIO

I. *Della mala fede del defunto e buona fede dell' erede = Principii del diritto romano.*
II. *Osservazioni sul diritto Canonico.*
III. *Pratica de' Tribunali e Legislazione estera.*

I. Nell' introduzione del presente titolo osservammo come, per diritto civile de' Romani, basti che la buona fede intervenga nel principio della prescrizione ossia nel tempo della tradizione, e che la sopravveniente mala fede non reca alcun pregiudizio. Da questa teoria ne derivano due conseguenze: la prima è che se il defunto era in mala fede, l' erede, quantunque in buona fede, non può prescrivere, tanto se voglia congiungere il proprio possesso a quello del suo antecessore, quanto se voglia cominciare la prescrizione da sè medesimo: la seconda, che se il defunto era in buona fede, l' erede può congiungere il proprio possesso a quello del suo autore, e prescrivere, non o-

(185) Cod. Austr. art. 1477.
(186) C. 1. c. de quarta, 4. c. ad aures, 6. c. auditis, 15. c. cum olim. 18. de praescript. Reiffen. in Decret. lib. II. tit. 25. n. 34.
(187) L. ult. Cod. de long. temp. praescr. quae pro lib.

stante la propria mala fede. La ragione di queste due conseguenze è, che l' erede, rappresentando la persona del defunto, succede in tutte le sue virtù e difetti, e perciò la qualità del di lui possesso gli nuoce nel primo caso, gli giova nel secondo (188).

II. Del resto, i sacri Canoni, come altrove fu detto, corressero il diritto civile, e vollero che la buona fede fosse perpetua. Donde non v' ha dubbio che, secondo la disposizione del diritto Pontificio, la sopravveniente mala fede dell' erede interrompe la prescrizione, quantunque sia stata dal defunto cominciata in buona fede. Ma che dovremo noi dire rispetto al primo caso? L' erede di buona fede potrà egli prescrivere, non ostante la mala fede del defunto, qualora voglia cominciare la prescrizione di per sè stesso? Secondo le romane leggi sembra che la quistione sia di gran lunga incerta, poichè non manca chi tiene l' affermativa, e chi totalmente la nega. Nulladimeno è questo l' usato stile degli interpreti, e se alcuno per avventura si ponesse in cuore di ritrovare punto di diritto che non fosse in controversia, e' si farebbe, come suol dirsi, a pestar l' acqua nel mortaio. Ma la decisione di questa disputa in pratica dee dipendere dal diritto Canonico, e però si dee risolvere a termini delle leggi Pontificie, non romane. Io, per me, contro la comune opinione de' Canonisti (189), ardisco sostenere l' affermativa. Innanzi tratto, perchè il diritto Pontificio proibisce la prescrizione in mala fede per ragion del peccato, e niun peccato commette quegli che, come l' erede, in buona fede comincia e termina la prescrizione col suo possesso: oltracciò, perchè secondo la comune sentenza (190) la prescrizione viene impedita o interrotta, quando la mala fede è reale: la mala fede presunta non nuoce: dunque. per ragione più forte, niun ostacolo debb' essere all' erede che cominciò e compì la prescrizione da sè medesimo; mentre, quanto a lui, la mala fede neppure è presunta (191). Finalmente, perchè, rispetto alla quistione della buona o mala fede, secondo la mente ed equità de' sacri Canoni, si dee considerare la realtà delle cose, non le finzioni. L' unica ragione, sulla quale si fondano gli oppositori, è la rappresentanza del defunto, dicendo che siccome l' erede subbentra in tutti i difetti di lui, così parimenti subbentra nella sua

(188) Vinnio, ad hunc §. n. 2.

(189) Reiffen. in Decret. lib. II. tit. 26. n. 131. et ibi citat. Covarruvias, part. 2. in c. possessor. §. 9. n. 1. et seq. Abbas, i c. si diligenti, n. 29. et 30. hoc tit. Lessio, 2. cap. 6. n. 42. Pirrhing. in tit. de praescript. n. 68.

(190) Ruota, in Decis. 270. n. 10. p. 6. rec.

(191) Card. de Luc. de jud. disc. 21. n. 20.

mala fede (192). Ma questa ragione è più falsa che vera, giacchè il diritto Canonico, se non altro in simile materia, non sembra tener gran conto di tale rappresentanza. E al fermo, se, come vogliono gli avversari, l'erede di buona fede non potesse prescrivere, perchè, rappresentando il defunto, subbentra ne' suoi piedi, e perciò nella sua mala fede, l'erede di mala fede che parimenti rappresenta il defunto, subbentrando nelle sue virtù e perciò nella sua buona fede, non dovrebbe aver ostacolo di sorta che gl' impedisse di poter prescrivere. È adunque la mala fede, non altro, che realmente pone un ostacolo a tale acquisto; e perciò tengo per fermo che siccome, non ostante la rappresentanza, nuoce all' erede la propria mala fede, quantunque il possesso del defunto avesse buon principio, così, non ostante la rappresentanza e il vizioso possesso del defunto, debba giovare all'erede la propria buona fede, qualora egli cominci e termini la prescrizione da sè medesimo, rimanendo in tal modo corretta la disposizione delle leggi civili (193).

III. La pratica de' nostri tribunali non fu sempre uniforme (194); nulladimeno sembra più ricevuto che la mala fede del defunto impedisca la prescrizione, quantunque l' erede sia di buona fede e voglia cominciarla da sè stesso (195). Secondo le disposizioni de' vigenti Codici di Francia e d' Italia con trent' anni di spazio si prescrive anche in mala fede, e perciò le soprarrecate distinzioni sono ivi di poco o niun uso. La legislazione Austriaca non ammette usucapione, sebbene di trenta o quaranta anni, senza il requisito della buona fede (196); ma dispone chiaramente che, qualora il successore o l' erede voglia cominciarla dal giorno del suo possesso, non gli mette alcun ostacolo la mala fede dell' antecessore (197).

(192) Reiffen. d. loç.

(193) Così la Glosa, in c. cum quis in jus, de reg. jur. in 6. Dino, ed altri, e il Card. de Luc. de jud. disc. 21. n. 20.

(194) Card. de Luc. de cred. disc. 131.

(195) Veggansi le Decisioni citate dal de Luc., de jud. disc. 21. n. 30.

(196) Cod. Austr. art. 1575.

(197) Art. 1463.

§. Editto, 13.

SOMMARIO

I. *Se la costituzione di Zenone sia stata abrogata dal diritto Canonico.*

Un editto dell' Imperatore Zenone (198) dispone che se il fisco abbia venduto, donato, o in qualsivoglia altro modo alienato, una cosa altrui, il compratore, donatario o acquirente non possa in alcun modo essere molestato per le azioni del vero proprietario, riserbando a questo l' azione contro il fisco, purchè la muova entro quattro anni di spazio. Dopo questo tempo, l' azione rimane prescritta, e il fisco non può esser convenuto altrimenti. Giustiniano estese la costituzione di Zenone anche alla vendita o donazione delle cose patrimoniali o private del Principe. Alcuni fra gl' interpreti (199) biasimano il tenore di questa legge, parendo loro un po' duro che il proprietario debba essere escluso dal diritto di ripetere il suo contro il possessore, e che non abbia se non quattro anni di spazio per muovere l' azione contro il fisco; per le quali ragioni sono di sentimento che, come esorbitante ed odiosa, sia stata dal diritto Canonico abolita (200). Ma l' opinione più comune è che il diritto Canonico non v' abbia recato mutazione alcuna (201), nel che apertamente concorda la pratica de' Tribunali (202).

(198) L. 2. Cod. de quadr. praescr.

(199) Vinnio, hic. Cristin. vol. 4. Decis. 82. n. ult. Zypæ, not. jur. Belg. tit. de prescript.

(200) Pel c. placuit, 16. quaest. 3. Vinnio, ad hunc §.

(201) Paris, cons. 27. lib. 1. Riminald. cons. 435. Castill. lib. 2. contr. cap. 5. Hondedeus, ed altri citati dal Card. de Luc. de donat. disc. 7. n. 3.

(202) Card. de Luc. d. loc. Ruota, Decis. 13. n. 7. avanti Falconer. e Decis. 81. n. 3. et seq. post. Costant. ad Stat Urb.

TITOLO VII.

DELLE DONAZIONI

Poco interessa al nostro istituto l' esporre tutte le dispute de' moralisti e de' giureconsulti per conoscere e decidere, se la donazione, propriamente detta, ossia quella che per parte del donatore non è che una mera liberalità, e per parte del donatario un semplice aumento di patrimonio, sia piuttosto vizio o virtù. Alcuni filosofi, i quali hanno fama di aver saputo analizzare il cuore umano, non che le umane azioni, portano avviso che le donazioni propriamente dette, come parte della beneficenza, derivino dalla costante e perpetua volontà dell' uomo nel procurare i vantaggi e la felicità de' suoi simili. È indubitato che la donazione, propriamente presa, provenga dalla volontà nell' uomo di procurare il vantaggio del suo simile; ma si potrebbe obbiettare, se questa volontà sia, come essi vogliono, costante e perpetua, quasi inerente alla sua natura morale. Prescindendo da siffatta quistione, la quale non appartiene alla presente materia, io, per me, ammetto di buon grado, che l' uomo nasca coll' inclinazione di essere beneficiente verso il suo simile; niuno però potrà negare che in pratica cotesta inclinazione sia ben rara e quasi di niun uso.

§. Aliæ autem, 2.

SOMMARIO

I. *Della donazione fra' vivi.*
II. *Formalità dell' insinuazione.*
III. *Se negli odierni costumi, ne' quali in tutti gli atti che trasmettono la proprietà, dee intervenire la trascrizione, l' insinuazione sia tuttora necessaria.*
IV. *Moderna legislazione Pontificia e straniera.*

I. Le principali donazioni, a cui si riducono tutte le rimanenti contemplate dal diritto romano, sono due: la donazione frà vivi, di cui si parla nel presente paragrafo, e la donazione fatta sul dubbio di morte. La prima è quella che vien fatta per mera liberalità e munificenza, senza alcun pensiero e meditazione di morte, in forza della quale il donatore intende che le cose donate passino immediatamente nel dominio del donatario. Prescindendo dall' antico diritto romano, il

diritto Giustinianeo, per la validità di questa donazione, non ricerca che il consenso del donatore e l'accettazione del donatario, poco importando se la loro reciproca volontà sia manifestata collo scritto o semplicemente colle parole. L'unica formalità richiesta dalla legge è l'insinuazione; ma questa non è necessaria, quando vi sia di mezzo il privilegio della causa, e quando la donazione sia minore di cinquecento solidi. Laonde, per diritto Giustinianeo, la donazione fatta per causa di dote, a contemplazione di certo e determinato matrimonio, per lo riscatto de' captivi e simili, e parimenti quella che non oltrepassa la somma dalla legge prescritta, sono valide e irrevocabili non ostante la mancanza dell'insinuazione (203).

II. Non tutti i Dottori sono di unanime consentimento nell'assegnare la ragione, per cui nelle donazioni la legge esiga questa formalità. Molti sono di avviso ch'ella abbia voluto prevenire le frodi che si potrebbero commettere da' più astuti a carico de' meno esperti; frodi, le quali vengono al tutto escluse dalla solennità di questo atto. Imperciocchè la presenza, e l'autorità del giudice non dà luogo a sospetti d'inganno e di violenza; e, d'altronde, il donatore, messo in libertà di far quello che più gli aggrada, può render palese la sua volontà senza alcun ritegno. Altri opinarono che la legge, prefiggendo quest'atto, abbia inteso ad evitare le frodi che in pregiudizio de' terzi potrebbe commettere il donatore medesimo. Avvegnacchè potesse occorrere, o forse l'esperienza avesse insegnato, che il donatore, gravato di molti debiti e prossimo a perdere il suo per imminente giudizio, d'intelligenza col donatario, con simulata donazione spogliasse il patrimonio in danno de' creditori. Ma la pubblicità di quest'atto viene in acconcio per allontanare ogni proposito di frode, o almeno per arrestare gli effetti di quella ch'è già stata commessa. La prima opinione è senza dubbio più verosimile, e i nostri Tribunali medesimi allegarono la stessa ragione (204). E in fatti, se la legge, col prefiggere quest'atto, avesse avuto intendimento di prevenire le frodi che si possono commettere dal debitore, spogliando il patrimonio con simulata donazione, avrebbe ugualmente dovuto prescrivere un rimedio per tutti gli atti translativi di proprietà; giacchè il patrimonio non solamente può essere spogliato colle donazioni; ma eziandio colle vendite, e in generale con qualsivoglia altra sorta di alienazione.

(203) Vinnio, ad hunc §. n. 4.

(204) Buratt. Decis. 640. n. 8. Decis. 456. n. 4. tom. 2. rec. Card. de Luc. de donat. disc. 60. n. 9.

III. Quistione non priva di merito è il ricercare, se negli odierni costumi, in cui la legge ha adottato un sistema pubblico in tutti gli atti che trasmettono la proprietà, sia, non ostante, necessaria la solennità prescritta dal diritto Giustinianeo; vale a dire, se la trascrizione oggigiorno tenga luogo dell' insinuazione, per modo, che l' insinuazione possa chiamarsi superflua. Questo dubbio nacque talvolta anche a qualche forense, e a me non parve intempestivo l' accennarlo. Innanzi tratto è certo che presso noi, come presso tutte le vigenti legislazioni di Francia e d' Italia, in ogni atto che trasmette la proprietà, e specialmente anche nelle donazioni, la trascrizione è sempre ricercata (205); e nulladimeno tanto presso noi, come in altri Principati, l' insinuazione è tuttavia necessaria (206). Che tale insinuazione non sia superflua, quantunque le leggi abbiano adottato un altro sistema di pubblicità, si rende abbastanza manifesto da quello che abbiamo detto nel numero precedente e dalle rimarchevoli differenze che corrono fra l' una e l' altra. L' insinuazione concerne il vantaggio del donatore, essendo richiesta come prova dell' animo suo deliberato e perseverante di volere usare un atto di mera liberalità: la trascrizione concerne piuttosto il vantaggio del donatario, essendo introdotta per ottenere la libera proprietà della cosa acquistata, e per alleviarla dai pesi ad essa inerenti: la prima non è che una formalità essenziale e propria della donazione: la seconda è una formalità essenziale e propria del sistema ipotecario: quella ha luogo indistintamente, tanto ne' beni stabili, quanto ne' mobili: questa non ha luogo che ne' stabili e in tutto ciò che dalla legge è ritenuto come stabile: la mancanza d' insinuazione può essere obbiettata dallo stesso donatore e da' suoi eredi: la mancanza di trascrizione, all' opposto, non può essere obbiettata nè dall' uno, nè dagli altri, ma bensì dai terzi: quella produce la nullità dell' atto in quanto la donazione sopravanza il limite prefisso dalle leggi; questa, al contrario, non solo non opera la nullità dell' atto nella somma prescritta, ma eziandio nell' eccedente: per fine, la mancanza dell' insinuazione può dar causa d' impugnare la donazione a qualunque creditore; ma la mancanza della trascrizione non può dar motivo d' impugnar la donazione, se non a quelli che sull' immobile alienato hanno qualche diritto ipotecario. Nulladimeno, come osserva il Persil (207), dietro la pubblicità della trascrizione, la solennità dell' insinuazione in parecchie parti della Francia è andata in disuso.

(205) Reg. giud. §. 183. Cod. Albert. art 1134. Cod. delle D. S. art. 865. Cod. Franc. art. 939.

(206) Reg. giud. §. 50. Cod. Albert. art. 1412. junct. art. 1423.

(207) Question. sur les privileg. et hypoth. ch. 7. sect. 1.

IV. Le odierne leggi di tutte le vigenti legislazioni hanno in parte derogato e in parte ampliato i principii della legislazione Giustinianea rispetto a questa materia. In primo luogo la donazione che, presso noi, supera la somma di cinquecento scudi, non può esser fatta verbalmente o per atto privato, ma è necessario un istromento pubblico sotto pena di nullità. Il privilegio della causa non è sufficiente per convalidare la donazione mancante dell' insinuazione, e non fatta per atto pubblico (208). Quindi nè il giuramento, nè qualunque titolo anche onorevole, e neppure la contemplazione di un certo e determinato matrimonio, può convalidare la donazione, qualora non sia fatta per atto pubblico e non sia insinuata (209). Negli stati Sardi debb' esser fatta per pubblico istromento, e, di più, omologata, qualunque donazione tra' vivi: se questa sopravanza la somma di mille lire, l' omologazione dee farsi dal prefetto del Tribunale di prefettura del domicilio del donatore, in caso diverso dal giudice di mandamento: le donazioni non fatte per atto pubblico e non omologate sono nulle (210). Da questa regola generale vengono però eccettuate le donazioni fatte a contemplazione di un certo e determinato matrimonio, e, prima di esso, a favore degli sposi e della loro prole, le quali non hanno d'uopo della omologazione (211). Oltre il pubblico istromento e l' omologazione, in tutte le donazioni è necessaria l' insinuazione (212), e in quella de' stabili la trascrizione (213). In Francia e nelle Due Sicilie tutti gli atti di donazione tra' vivi debbono parimenti essere rogati per man di notaio, ed è necessaria la trascrizione; ma solo nelle donazioni di cose stabili (214). Nulladimeno tanto presso noi quanto negli stati Sardi, nelle Due Sicilie e in Francia, la trascrizione è dalle leggi ricercata nel solo interesse dei terzi acquirenti o creditori, e, per conseguenza, la mancanza di essa non produce la nullità del contratto (215). Secondo la legislazione Austriaca e del regno Lombardo Veneto da un contratto di donazione fatto verbalmente, senza la tradizione effettiva, non nasce diritto di azione al donatario. Questo diritto si fonda in un documento scritto (216).

(208) Reg. giud. §. 50.
(209) Reg. giud. §. 51.
(210) Cod. Albert. art. 112[illegible]
(211) Cod. Albert. art. 1726.
(212) Art. 1412. junct. art. 1420. 1423.
(213) Art. 1134.
(214) Cod. delle D. S. art. 863. Cod. civ. Franc. art. 939.
(215) Reg. giud. §. 189. Cod. Albert. art. 1135. Cod. delle D. S. art. 865. Cod. civ. Franc. art. 941.
(216) Cod. civ. Austr. art. 943.

§. Est et aliud, 3.

SOMMARIO

I. *Della donazione* ante nuptias.
II. *Della donazione* propter nuptias.
III. *Costumi de' Longobardi.*
IV. *Della meta o messio.*
V. *Del morgincap o morganatica.*
VI. *Differenza fra la legislazione di Giustiniano e i costumi del medio evo.*
VII. *Donazione* propter nuptias *ripudiata dall' uso.*
VIII. *De' lucri dotali.*
IX. *Specie delle donazioni* propter nuptias *accomodate all' uso del foro.*

I. Prima della traslocazione dell' Impero in Oriente non erano incognite agli antichi le donazioni che prima delle nozze si facevano tra sposi. Esse però derivavano da un atto di mera liberalità, non avevano in sè stesse alcuna forma di diritto civile e si regolavano semplicemente col diritto delle genti. Per la qual cosa, fatte che fossero, non venivano sospese per l' evento di condizione alcuna, nè si revocavano, quantunque le nozze non avessero avuto effetto (217). Nulladimeno piacque a Costantino di dare a questa sorta di donazioni una forma civile, e però volle ch' elle contenessero in sè stesse la tacita condizione dell' adempimento delle nozze (218). Dopo questa legge, esse non avevano effetto, se non dopo il matrimonio; ma, fatto il matrimonio, erano irrevocabili, e le cose donate passavano ipso jure nel dominio del donatario. Siccome così fatte donazioni non derivavano che dal particolare e reciproco affetto degli sposi, ed erano veramente una mera largizione sponsalizia, avevano la loro origine prima del matrimonio, consistevano ne' limiti del dono, e, seguite le nozze, non potevano aumentare, nè diminuire. L' Imperatore Giustino, derogando agli antichi principii, concesse che, qualora dopo il matrimonio si aumentasse la dote, potesse nella stessa maniera aumentare la donazione fatta prima delle nozze (219), e Giustiniano, per soprammercato, permise ch' essa potesse aver luogo

(217) L. 1, §. 1. l. 2, l. 12. Cod. de don, ant. nupt.
(218) cum veterum, 15. d. tit.
(219) L. si costante, 19. Cod. de don. ant. nupt.

anche dopo il matrimonio, purchè non eccedesse la quantità della dote; mentre, in caso diverso, si sarebbe potuto deludere l' antiveggenza di quel senato che vietava le donazioni fra marito e moglie (220).

II. Da queste continue e rilevanti innovazioni nacque nel sistema di queste donazioni una specie di rivoluzione che fece al tutto sparire l' antica giurisprudenza. Innanzi tratto, ammesso che la donazione potesse aver principio anche dopo il matrimonio, non si potea propriamente chiamare fatta prima delle nozze, e però Giustiniano volle che in appresso avesse a chiamarsi *per le nozze*. Oltracciò, stabilito che la quantità e condizione di essa dovesse regolarsi secondo la quantità e condizione della dote, ne venne in conseguenza ch' ella non potesse farsi che dallo sposo, non dalla sposa: in somma, questa donazione cessò di essere una vera donazione, e più presto vestì sembiante di una cauzione che il marito dovea dare alla moglie in sicurezza della sua dote. Il che forse andava a maraviglia in tempi, ne' quali la moglie, per sicurezza della sua dote, non poteva esigere mallevadori.

III. Del resto, sebbene sotto i Goti le leggi degli antichi romani che allora dominavano in Italia, fossero in qualche parte ricevute, nulladimeno, sopravvenuti i Longobardi, per l' odio che portavano a' Greci loro perpetui nemici, le fecero quasi al tutto sparire, mettendo essi in iscritto le leggi e le costumanze proprie. Gli storici osservano che i Longobardi non proibirono agli antichi abitanti di far uso, se volevano, delle leggi di Giustiniano, ma che, non ostante, la maggior parte dei popoli si resse con le leggi de' nuovi conquistatori sino verso il secolo XII. (221). Tra esse non era alcuna, la quale, in fatto di matrimonio, determinasse la quantità della dote per le femmine. Gli ascendenti, i collaterali o gli agnati in genere, presentavano in quest' atto le nipoti, le figlie o le sorelle di un dono chiamato *phaderphium*, nel quale, per quanto sembra, consisteva la loro porzione ereditaria (222). Tutti gli annalisti convengono che in que' tempi il padre o quegli nella cui tutela era la donna fidanzata, si traeva d' impiccio con di molta facilità, mentre il collocamento della tutelata non recava alla famiglia alcun aggravio. Oggigiorno però i tempi si sono cambiati; il collocamento

(220) L. ult. Cod. d. tit.

(221) Murat. antiq. med. aev. diss. 22.

(222) Si quando pater filiam suam, aut frater sororem suam legitimam alii maritum dederit, in hoc sit sibi contenta de patris aut fratris substantia, quantum ei pater aut frater in die traditionis nuptiarum dederit, et amplius non requirat. Legge del re Rotari, 181. Murat. antiq. med. aev. diss. 20.

di una figlia costa sempre qualche amaro pensiero, ed è raro il caso che lo sborso della dote non rechi incommodo.

IV. E veggasi in fatti di quanto rilievo sia la mutazione de' tempi. Sotto Luitprando era di piccolo momento alla famiglia il dare alla femmina un marito; ma, vice versa, moltissimo costava al marito il prendersi una donna in moglie: oggigiorno, al contrario, il collocamento di una donna costa alla famiglia moltissimo, e poco o nulla costa al marito il prender moglie. Allora gli uomini, per così dire, compravano le donne; oggi, all' opposto, le donne acquistano più presto gli uomini. Se in allora il re Luitprando fu costretto a pubblicare una legge, in veggendo come gli uomini, ebbri di amore, si sbilanciavano di soverchio nell' assegnare il prezzo (223); oggi in vece vorrebbevi una legge, la quale contenesse ne' limiti le loro soverchie pretensioni. Caduto l'Impero, i popoli che occuparono queste province, ritennero nelle donne la tutela perpetua, e dalle leggi de' Longobardi era espressamente sancita. Il matrimonio non era bastante a scioglierla, e perciò la donna quantunque maritata, rimaneva tuttavia nella tutela de' propri consanguinei: se il marito voleva egli stesso assumere la tutela della propria moglie, dovea, per così dire, comperarne il diritto dal padre, o, qualora questi non esistesse, da' consanguinei della sposa. Il prezzo si solea definire mediante convenzione, e questo appellavasi *meta*, *methium* o *mephium* vocabolo che, secondo gli eruditi, significa donazione sponsalizia. Imperciocchè doveasi costituire e pagare nel giorno che si celebravano gli sponsali (224).

V. Ma la felice condizione delle donne di que' tempi non si limitava solo alla meta; poco per volta s' introdusse l' usanza di fare alla moglie un nuovo donativo, chiamato *morgincap*, *morgeneba o morganatica*, parola tedesca che significa *dono della mattina*. I mariti solevano fare questo donativo dopo la prima notte della loro unione, quasi in premio di aver trovata la donna immacolata. Il Muratori osserva che la speranza di conseguire un morgincap considerevole doveva essere nelle donne di que' tempi un possente motivo, per conservare con gelosia la loro virginità, acciocchè i mariti, qualora fossersi avveduti che non l' avessero conservata, non si facessero a negar loro

(223) Si quis Conjugi suae metam dare voluerit, ita nobis justum comparuit, ut qui est judex dare debeat, si voluerit, solidos CCCC. amplius non. Et reliqui nobiles homines dare debeant solidos CCC. amplius non. Et si quiscumque alter homo minus dare voluerit, det quomodo convenerit. Legge del re Luitprand. 35. lib. VI.

(224) Murat. antiq. med. aev. d. diss. 20.

il *dono della mattina*. Io, per me, faccio un' altra osservazione, ed è, che, introdottosi così fatto costume, i mariti non poteano a meno di osservarlo al pari di una legge espressa, se non avessero voluto che le proprie mogli scapitassero nell' opinione altrui. Il *morgincap* o il *dono della mattina* consisteva nell' obbligare a vantaggio della femmina una parte de' propri beni, e questo, secondo una legge del re Luitprando (225), dovea rogarsi per atto pubblico, nè potea sopravanzare la quarta parte dei beni del marito. Negli stati ereditari Tedeschi e in tutte le province spettanti al Governo di Milano, questo *dono della mattina*, altrimenti chiamato *morganatica*, è sancito dalle odierne leggi; qualora sia stato promesso, in dubbio si presume dato ne' primi tre anni del matrimonio (226).

VI. È chiaro che la meta e il morgincap introdotti da' costumi del medio evo, erano di gran lunga differenti dalla donazione, di cui Giustiniano parla nel presente paragrafo. Imperciocchè quello fosse pieno, assoluto, irrevocabile; non ristretto, o limitato alla vita della moglie (227): questa, in vece, sia revocabile, ristretta al matrimonio per modo, che, sciolte le nozze, la moglie non può ritenerla, essendole solo permessa la scelta di ritenersi la dote o la donazione: ne' primi consisteva propriamente un mero lucro; nella seconda non v' ha lucro di sorta, ma solo una sicurezza. La meta e il morgincap nulla avevano di comune con la dote; La donazione propter nuptias è in tutto ad essa consimile.

VII. Rovinate le cose de' Longobardi in Italia, i Francesi che loro succedettero, ritennero lo stesso costume; antichi documenti attestano che la meta e il morgincap erano in uso anche in quella nazione (228). Laonde, quando furono ritrovate le Pandette, tutte le province di questa contrada, o, se non altro, la maggior parte di esse, seguendo tuttavia le antiche costumanze, non abbracciarono la nuova costituzione di Giustiniano. La privazione, come dicono i Filosofi, suppone l' abito, e siccome questa maniera di donazione non venne mai dall' uso abbracciata, così, propriamente parlando, neppur si può dire ch' ella sia stata da contrario uso abolita. (229).

(225) L. 1. lib. 2.
(226) Cod. civ. Austr. art. 1232.
(227) Murat. antiq. med. aev. d. diss. 20.
(228) Murat. antiq. med. aev. d. diss. 20.
(229) Bossio, de dote, c. 8. n. 164. Card. de Luc. de dot. disc. 135. n. 9. Ruota, decis. 80. n. 10. et seqq. apud. Merlin.

VIII. Ne' tempi posteriori e nelle susseguenti vicende della giurisprudenza statutaria il nome di meta e di morgincap sparvero totalmente, rimanendone pertanto gli effetti. Questi presso noi vennero distinto sotto il nome di lucri dotali, e nelle altre contrade si appellarono dotario, antefatto, dotalizio, arra e consimili. I Forensi, per conciliare questa sorta di consuetudine col diritto Giustinianeo, la compresero sotto il nome generico di donazione per causa di nozze (230); ma questa loro officiosa attenzione pel diritto Giustinianeo fu veramente intempestiva; mentre la somma differenza che corre fra l' una e l' altra, non potea permettere di applicare alla prima le teorie proprie della seconda. Indi nacquero gravissime liti, dubbiezze di casi moltissimi; imperciocchè i lucri dotali, a prima giunta, e secondo il modo di concepirli, rendevano odore di donazioni fra marito e moglie, le quali dal diritto Giustinianeo sono vietate. Era pur grande la sollecitudine di voler applicare la materia alle leggi, non le leggi alla materia! ma questo voler ricorrere alle Pandette anche nelle cose nuove e totalmente estranee è stata sempre la prima occupazione di chi ne ha trattato. Quasi la giustizia e la giurisprudenza fosse tutta ristretta ed inclusa nel solo Digesto e nel Codice di Giustiniano; quasi l' andare del tempo, la mutazione de' costumi, il progresso dello incivilimento nulla avessero a operare di nuovo.

IX. Laonde la donazione per causa di nozze, posta come genere, cominciò ad abbracciare tutte sorta di donazioni fatte a contemplazione di dote o di matrimonio; ed è cosa veramente maravigliosa che mentr' ella andò di tanto scapitando negli effetti, abbia, quasi in compenso, acquistata tanta estensione di nome. I pratici, per lo più, ne formano cinque differenti specie.

La prima è quella, di cui si parla nel presente paragrafo; essa, come abbiamo sinora dimostrato, non è affatto usitata, e perciò non franca la spesa di parlarne più a lungo (231).

La seconda fu ignota all' antico e nuovo diritto; trasse origine dai costumi de' Longobardi, tenne luogo della prima, e venne distinta col nome di lucro dotale. Di essa fecero menzione le leggi e gli statuti particolari di ciascun luogo, e però, derivando dalla consuetudine (232),

(230) CARD. DE LUC. de dot. in summ. n. 441.

(231) HONDED. cons. 48. n. 10. MANTICA, de tac. et amb. con. lib. 20. tit. 4. n. 5. SANCHEZ, lib. 6. disput. 1. n. 1. RUOTA, Decis. 245. post. ZAECH. alias. Decis. 80. coram MERLIN. CARD. DE LUC. de dot. disc. 165. n. 7.

(232) RUOTA, Decis. 138. p. 5. rec. alias 129. cor. DURAN.

non potevasi reggere a termini di diritto comune (233). Oggigiorno però, dietro l'abolizione degli statuti, la materia de' lucri dotali, la quale in pratica occupava moltissimo, è quasi andata in esiglio; ed io sono di avviso che con più fondamento alle antiche costumanze del medio evo, si possano oggigiorno paragonare le sopraddoti o controddoti che talvolta gli sposi sogliono fare alle loro fidanzate.

La terza è pura e semplice: deriva solo dall'affetto de' coniugi o de' sposi; e chiamasi propriamente donazione fra marito e moglie. Ad essa sono applicabili le disposizioni di parecchi titoli del Digesto e del Codice, e perciò ne terremo proposito a suo luogo.

La quarta si appella largizione sponsalizia, e consiste in que' presenti di gemme, vesti od altri ornamenti che lo sposo dona alla futura sposa; presenti che in pratica si distinguono col barbaro nome di *mondo muliebre* (234). Questa sorta di donazione è nota all'antico e nuovo diritto (235), e perciò si regola secondo le sue teoriche, salvo le modificazioni che l'uso del foro possa avervi recato. Presso che tutte le moderne legislazioni ammettono che gli sposi nel contratto del matrimonio possano farsi reciprocamente, o l'uno dei due all'altro, quelle donazioni che vogliono, purchè vengano da loro osservate le disposizioni o modificazioni volute dalle leggi (236).

La quinta si appella aumento dotale, non ha cosa alcuna di comune co' lucri di questo nome, e consiste nell'accrescimento della dote dalla moglie recata al marito. Questo aumento è contemplato dalle leggi romane, e si dee regolare a' termini loro. La difficoltà di simile materia in pratica è riposta nel conoscere s'ella importi un vero aumento dotale, ovvero se sotto questo colore sia nascosta una donazione fra marito e moglie. Nel primo caso è valido, si reputa come dote, e sono ad esso applicabili tutte le disposizioni della dote medesima: nel secondo è invalido, cade sotto la proibizione delle leggi o soggiace alle solennità richieste nelle donazioni. Secondo parecchie fra le moderne legislazioni, la dote, durante il matrimonio, non può essere costituita nè aumentata (237): la costituzione od aumento di dote, fatto da altri dopo

(233) Card. de Luc. de dot. in summ. n. 442.

(234) Card. de Luc. de dot. disc. 163. n. 7. Mantic. de tac. et amb. conv. lib. 20. tit. 1.

(235) L. 1. §. igitur. ff. de donat. l. si mater. l. si filiae. Cod. de don. ant. nupt. Sanchez, lib. 6. disp. 18. per tot.

(236) Cod. civ. Franc. art. 1091. Cod. Albert. art. 1183. Cod. civ. Austr. art. 1246. Cod. delle D. S. art. 1047.

(237) Cod. civ. Franc. art. 1543. Cod. Albert. art. 1520.

il matrimonio, non obbliga i beni del marito, se non dal giorno della seguita costituzione od accrescimento; ma in questo caso non può stipularsi alcun lucro dotale (238).

§. Erat olim, 4.

Giustiniano in questo paragrafo parla di un modo di acquistare assai speciale. Egli propone il caso, in cui uno de' compadroni di uno schiavo, il manometta solennemente. Prima della pubblicazione del codice, la parte che gli apparteneva sullo schiavo, accresceva all' altra, cioè agli altri compadroni che non erano concorsi alla manomissione. Giustiniano espone sè avere abrogata questa disposizione (239), avendo, in vece, stabilito che nel caso proposto lo schiavo acquistasse la piena libertà, indennizzando gli altri compadroni del valore delle loro rispettive porzioni. Questo paragrafo oggigiorno è inutile.

(238) Cod. Albert. d. art. 1520.
(239) Mediante la l. 1. §. 1. Cod. de comm. serv. man.

TITOLO VIII.

A QUALI PERSONE SIA, O NO, LECITA L' ALIENAZIONE.

SOMMARIO

I. *Condizione delle femmine sotto i Romani e sotto i Longobardi.*

II. *Condizione delle femmine sotto il regime della giurisprudenza statutaria e negli odierni costumi.*

III. *Senatoconsulto Vellejano e legge Giulia pressochè aboliti nel foro sotto il regime della giurisprudenza statutaria.*

IV. *Origine della regola che la donna non può alienare nè obbligare oltre la metà della dote.*

V. *Legislazione Pontificia.*

VI. *Osservazione sul §. 55. del regolamento legislativo e giudiziario.*

VII. *Legislazione straniera.*

I. Venne da noi altrove esposto per qual ragione sieno più deboli nel gentil sesso le forze intellettuali (240). I costumi e leggi dei popoli più remoti, volendo provvedere che la sua debolezza non fosse l' oggetto dell' altrui frode, assoggettò le femmine ad una tutela perpetua. Purchè non fossero sotto l' autorità coniugale, secondo gl' instituti de' romani, la tutela di esse apparteneva al parente maschio più prossimo. Ma le leggi de' Longobardi erano anche più rigorose che quelle dell' Impero: giacchè, sotto questi popoli, la tutela de' parenti più prossimi continuava sopra le femmine, comecchè fossero sotto l' autorità del marito. La tutela chiamasi *mundium*, e l' uomo, cui era destinata, *mundualdo* o *manovaldo* (241). I manovaldi erano di due sorta, naturali o legittimi: naturali erano il padre rispetto alle figlie, il fratello rispetto alle sorelle ec: legittimi erano sempre il marito o il fisco. Il marito però non diventava legittimo manovaldo della moglie mediante il matrimonio; ma bensì mediante la metà convenuta e pagata all' atto

(240) Veggasi quello che abbiamo detto nel princ. del. tit. XXII. Istit. lib. 1.

(241) E feciono la legge che ancora si chiama Longobarda; e tengono ancora e' Pugliesi e gli altri Italiani in quella parte, dove danno Monualdo, ovvero il volgare Manovaldo alle donne, quando s' obbligano in alcun contratto; e fu buona e giusta legge. GIOVANNI VILLANI, nella giunt. alla sua Storia lib. 2. cap. 9. MURAT. antiq. med. aev. diss. 20.

della celebrazione degli sponsali (242). Senza l' intervento e il consenso di questo difensore naturale o legittimo, le donne non potevano alienare il loro e il contratto era nullo. Del resto, ritrovandosi talvolta dei manovaldi, i quali, dimentichi del loro officio, prevalendosi della debolezza del sesso, convertivano la propria autorità in danno delle tutelate, Luitprando stanziò che qualora una femmina, anche col consenso del marito suo manovaldo, volesse alienare alcuno de' suoi beni, dovessero nel contratto intervenire due o tre parenti del suo sangue, acciocchè osservassero s' ella fosse tratta ad alienare il suo da qualche frode, inganno o violenza (243).

II. Sebbene nelle continue rivoluzioni d' Italia l' uso de' manovaldi e la tutela perpetua delle donne andassero in disuso, nulladimeno, dietro le antiche costumanze, si ritenne sempre come necessario che nei loro contratti, specialmente negli onerosi, si dovessero assistere dal ministero delle leggi. Come prima pel ritrovamento delle Pandette, e per la preferenza loro dall' uso de' popoli accordata, le leggi de' Longobardi cominciarono, poco per volta, a prendere un volontario esiglio, sopravvenne nello stesso tempo una sterminata moltitudine di statuti o leggi municipali che rapidamente si sparsero per ogni dove. S' intese con essi a riformare in parte la romana legislazione, la quale, risuscitando al pari di Lazzaro, ritrovava nel secolo della sua rigenerazione una mutazione di costumi, cui non poteva in tutto convenire (244). E comecchè ne' primi tempi gli statuti delle particolari Città non contenessero, se non decreti sulla maniera, con cui i podestà e gli altri ufficiali dovessero governare la repubblica, nulladimeno, di mano in mano, si estesero eziandio a regolare le successioni, i contratti, gli affari civili e criminali secondo le precedenti costumanze e le positure del proprio governo. Pochi municipii, per non dire nessuno, mancarono di provvedere a' mezzi, con cui le femmine si dovessero assistere nelle loro obbligazioni; perocchè le riforme avvenute nel governo non portavano già seco una riforma nell' intelletto muliebre. Lo statuto di Roma (245) dichiarò invalidi e nulli tutti i contratti e le alienazioni

(242) Veggasi ciò che si è detto nel §. 3. n. 4. del tit. anteced.

(243) Murat. loc. cit.

(244) È giusta l' osservazione del Muratori, il quale si avvisa che gli statuti cominciassero a introdursi in Italia dopo la pace di Costanza, nell' anno 1183, stabilita tra l' Imperatore Federico e la Città della lega Lombarda. Antiq. med. aev. diss. 22. Veggasi quello che abbiamo detto nel princ. del tit. I. di questo libro.

(245) Cap. 151.

fatte dalle donne, qualora non fossero stati celebrati con l' autorità del giudice competente, con l' espressione della causa finale ed impulsiva del contratto, e alla presenza di due prossimi congiunti. Benedetto XIV. (246) estese questa disposizione a tutto lo stato Ecclesiastico (247). Il moto proprio Sovrano del 14. Novembre 1834. confermò questi principii, salvo che negli atti di maggiore entità, come nelle rinuncie, alienazioni, transazioni, donazioni tra vivi e nelle malleverie, prescrisse, oltre le suddette solennità, il parere motivato e giurato di uno o più giureconsulti (248).

III. Le precauzioni che s' introdussero rispetto alle obbligazioni delle femmine cambiarono aspetto all' antica romana giurisprudenza. Imperciocchè, abolita per l' interpretazione della legge Papia la loro tutela perpetua, esse, qualora fossero maggiori, potevano obbligarsi al pari degli uomini, senza l' autorità di alcun tutore (249). L' unico atto loro proibito era quello di entrare mallevadrici a favore di alcuno e molto meno per il proprio marito; ma dopo la nuova giurisprudenza, rimasero incapaci ad obbligarsi non solo nella malleveria, ma in qualunque altro contratto, qualora non fossero assistite dal giudice competente. Saggia fu questa provvisione, giacchè le donne, per debolezza della propria natura, per principio di educazione e di costumi, non possono avere un' esatta cognizione delle cose e degli affari. Nulladimeno mentre la nuova e peculiare giurisprudenza di ciascun luogo con tanto calore intendeva a proteggere gl' interessi delle femmine, la mania di applicare le leggi romane ad ogni nuova disposizione rese sovente inutile quella delle leggi municipali. Considerato che il diritto Giustinianeo, non ostante la proibizione della S. C. Vellejano, riteneva per valida l' obbligazione delle donne, contratta per causa di dote (250), così in pratica, non ostante la proibizione degli statuti, si ritenne per valida l' obbligazione della donna senza solennità contratta per la medesima causa (251). Dalla dote si fece passaggio alla causa pia, dalla pia all' utile, dall' utile alla necessaria,

(246) Con breve dell' 11. Gennajo 1745.

(247) Const. Romanae Curiae praestantia.

(248) Reg. giud. §. 1787. Veggasi quello che abbiamo detto nel princ. n. 4. tit. XXI. Istit. lib. I.

(249) Grazian. discept. for. cap. 756. n. 24. Ruota, Decis. 88. n. 1. p. 6. rec. Card. de Luc. de alien. disc. 34. n. 4.

(250) L. promittendo, ff. de jur. dot. l. fin. Cod. ad SC. Vellejan.

(251) Ruota, apud Puteum. Decis. 160. Caputaq. Decis. 199. l. 3. Decis. 490. n. 4. p. 4. rec. Card. de Luc. de dot. disc. 16. n. 5.

della necessaria al giuramento. Che più? Si estese a tutte le obbligazioni delle donne quello che le leggi romane avevano stabilito solo nella garanzia, e mentre v' era una legge particolare, la quale dichiarava la femmina poco meno che imbecille, quasi avesse perciò acquistato un grado di maggiore intelligenza, la disposizione del provvido Senatoconsulto Velleiano e quella dell' antiveggente legge Giulia, erano pressochè andate in bando (252). Indi risultavano gravissimi danni; spesso occorreva che le femmine, sotto il presidio delle leggi, trovassersi gravemente lese, e mancassero dell' unico mezzo, con cui onesto collocamento ritrovare potessero. Fu stimato opportuno mettervi un riparo, il quale però non offendesse a' principii nella pratica ricevuti: come per eccezione a una regola generale, si ammise in foro che ogni alienazione o qualunque altro contratto che per le suddette cause si fosse sostenuto, comecchè mancante delle dovute solennità, avesse vigore ed efficacia, qualora per esso la donna non rimanesse indotata. Avvegnacchè la giusta causa e il giuramento non dovessero operare, allorchè indi ne risultasse una grave lesione congiunta a prova tanto manifesta dell' imbecillità muliebre.

IV. Rimaneva pertanto a decidere qual fosse il caso di questa grave o enorme lesione. I pratici si fecero a investigarlo fra le leggi romane: ma le leggi romane, quanto alla dote, parlavano in genere e molto astrattamente: che anzi, vietando esse l' alienazione del fondo dotale, e prescrivendo, che la donna non può rendere deteriore la condizione della propria dote, dovevano sgomentarli dallo intestarsi più innanzi: e' non ristettero, e vollero di forza cacciarlo dal diritto Giustinianeo; discorsero il titolo della compra e vendita, e trovando ivi scritto che lesione enorme chiamasi quella che oltrepassa la metà del prezzo, s' avvisarono, per argomento, che lesione enorme nell' obbligazione della donna dovesse chiamarsi quella che oltrepassasse la metà della dote (253). Questa regola, la quale, prima della pubblicazione del moto proprio Sovrano del 14. Novembre 1834, non derivava da alcuna legge scritta, ma solo dalle induzioni de' pratici, fu di unanime consentimento ricevuta ne' tribunali dello Stato Pontificio, e presso altri principati (254).

(252) Card. de Luc. de dot. disc. 95. in princ.
(253) Card. de Luc. confl. obs. 37.
(254) Fontanell. de pact. dot. claus. 7. gloss. 2. et part. 6. Hodiern. ad Surd. Decis. 86. Gratian. discept. for. cap. 108. n. 8. Card. de Luc. de dot. disc. 95. in princ. Ruota, Decis. 17. post. Pich. ad stat. Decis. 33. post. Cenc. de censib. Decis. 79. apud Martin. Thesaur. Decis. 323.

V. Conosciuta qual fosse la condizione del bel sesso a' tempi de' Romani, sotto i Longobardi e nella giurisprudenza statutaria; appreso donde abbia origine quella regola che vuole nelle femmine salva la metà della dote, osserviamo che le nostre moderne leggi, modellate sull' antica pratica del foro, permettono che la donna, sia nello stato matrimoniale sia fuori di esso, possa alienare ed obbligare in altrui vantaggio la metà della sua dote, purchè l' altra metà rimanga assicurata co' beni propri del marito o di coloro da' quali sia rilevata (255). È però necessario che in tale alienazione od obbligazione intervengano le solennità di cui parlammo nel secondo numero di questo paragrafo; che anzi, non ostante l' intervento delle medesime, l' obbligazione o l' alienazione che supera la misura permessa, non è valida, se non nel termine prescritto (256).

Niun titolo o causa e neppure il giuramento che si presume estorto può convalidare le obbligazioni delle donne, allorchè siasi trascurato l' adempimento di tutte o di alcune delle solennità prescritte dalla legge (257). Donde le obbligazioni delle donne contratte per alimentare l' ascendente, il discendente o il conjuge, ovvero per liberarlo dal carcere, dalla captività o altro infortunio simile o di uguale conseguenza, o finalmente per costituire alla discendente che non l'abbia altronde, una congrua dote in occasione di onesto collocamento, sono invalide e nulle, qualora non siano state contratte legittimamente (258). La considerazione di queste cause concede loro solamente il privilegio che qualora nell' obbligazione siano intervenute le debite solennità, non competa contr' esse eccezione, se, ad onta della regola generale, non rimane salva la metà della dote (259).

Laonde, qualora l' obbligazione o alienazione non superi la metà della dote, il marito, negli odierni costumi, può di consenso della moglie e col decreto del giudice, alienare ed obbligare il fondo dotale; avvegnacchè l' intervento delle solennità fa cessare l' assoluta proibizione della legge Giulia (260).

VI. Del rimanente, la disposizione dell' odierno nostro regolamento legislativo e giudiziario, la quale consente alla donna, in qualunque stato ella sia, di potere, con le dovute solennità, alienare ed

(255) Reg. giud. §. 55.
(256) Reg. giud. §. 55, 56.
(257) Reg. giud. §. 53.
(258) Reg. giud. d. §. 53.
(259) Reg. giud. §. 58.
(260) Richer. univ. civ. et crim. jur. Inst. lib. 2. tit. 6. §. 3387.

obbligare in altrui vantaggio la metà di sua dote, purchè l' altra metà rimanga assicurata co' beni propri del marito o di coloro, da' quali venne rilevata, merita osservazione. Non mancano alcuni nel ceto degli Avvocati, i quali si argomentano che avendo la legge concesso alle donne la facoltà di potere alienare metà della sua dote, possa usare di questa facoltà in qualunque caso; e che perciò la sua obbligazione sia sempre valida, qualora chi vuol sostenerne la validità, sia pronto a provare che l' altra metà della sua dote è salva (261). Io, per me, sarei di avviso che in questa materia si dovesse distinguere se la metà della dote che rimane salva presso la donna possa offerirle il necessario pel suo giornaliero sostentamento; nel caso affermativo dovesse procedere la disposizione dell' odierna legge; nel caso negativo s' avesse a ritenere irrita e nulla l' obbligazione in tutto. E al vero, da quanto abbiamo detto ne' precedenti numeri, appare chiaro abbastanza che la legge vuole nelle donne salva la metà di sua dote, acciocchè ella rimanga congruamente provveduta in occasione di matrimonio; nel che non solamente v' ha di mezzo il favore delle donne; ma eziandio quello della società, essendo di pubblico interesse che le donne conservino il loro pudore. Ma se la donna, alienando la metà di sua dote, rimanesse indotata, e l' altra metà neppure fosse bastante per procacciarle gli alimenti, la legge che intese a soccorrere l' imbecillità muliebre, si renderebbe inutile, e sarebbe totalmente in opposizione alle mire del legislatore.

VII. Secondo il Codice Francese gl' immobili costituiti in dote non possono alienarsi o ipotecarsi durante il matrimonio, nè dal marito, nè dalla moglie, nè da entrambi uniti insieme (262), salvo alcuni casi già dalle leggi preveduti (263); ne' quali pertanto è mestieri del consenso reciproco, e, in caso di dissenso per parte del marito, dell' autorizzazione giudiziale (264). Concorda pienamente il Codice delle D. S. (265). La legislazione degli Stati Sardi non permette l' alienazione degli immobili dotali, se non ne' casi specificati, previa l' autorizzazione del Tribunale di Prefettura, e mediante le solennità prescritte per l' alienazione de' beni de' minori (266). In alcuni casi il medesimo Tribunale di Prefettura, sentito il marito, non

(261) Reg. giud. §. 57.
(262) Cod. civ. Franc. art. 1554.
(263) Cod. civ. Franc. art. 1555. al 1559.
(264) dd. art.
(265) Cod. delle D. S. art. 1367. al 1372.
(266) Cod. Albert. art. 1535.

può autorizzare l' alienazione della dote che in sussidio, e non oltre la metà della dote stessa (267). Qualora sia necessaria l' alienazione della dote intera fa d' uopo dell' autorità del Senato (268). Secondo il Codice d' Austria se la dote consiste in beni immobili, la proprietà di essi rimane alla moglie, e il marito, qualora non abbia ricevuto il fondo per un prezzo determinato, si considera come un semplice usufruttuario (269). I Codici de' rimanenti principati Italiani, salvo alcune modificazioni, poco differiscono da quello di Francia.

§. Contra autem, 1.

SOMMARIO

I. *Del creditore pignoratorio -- Procedura del diritto Giustinianeo.*

II. *Forma di procedere nel pegno convenzionale ripudiata dall' uso.*

III. *Legislazione Pontificia.*

IV. *Legislazione straniera.*

I. La disposizione di questo paragrafo risguarda semplicemente il pegno convenzionale. Giustiniano, abrogando l' antico diritto, dispose che se fra il debitore e il creditore fosse intervenuto il patto di vendere il pegno, il creditore, dietro il ritardo del debitore, potesse alienarlo di propria autorità. Tolto questo patto, il creditore dovea denunziarne al debitore la vendita; ma tuttavia l' alienazione non potea aver luogo se non due anni dopo la denunzia (270). Qualora, spirato questo termine, non si fosse trovato alcun acquirente, il creditore potea dal Principe impetrarne il dominio; se il prezzo del pegno superava il credito, il di più si dovea restituire al debitore; viceversa, se il prezzo era inferiore, rimaneva l' azione contro il debitore pel supplemento (271). Il dominio, quantunque impetrato, era tuttavia revocabile per due anni di spazio, entro i quali il debitore, pagando il capitale e gl' interessi, potea ricuperare il pegno (272).

(267) Cod. Albert. art. 1540.
(268) Cod. Albert. art. 1541.
(269) Cod. civ. Austr. art. 1228.
(270) L. 4. Cod. de distr. pign. l. ult. §. 1. de jur. dom. impetr.
(271) L. 24. princ. ff. de pignor. act. L. 63. §. ult. de adq. rer. dom. d. l. ult. Cod. de jur. dom. impetr.
(272) D. l. ult. Cod. de jur. dom. impetr.

II. La lungaggine del tempo che si dovea intermettere, prima che il creditore venisse a capo di riprendere il suo, era altrettanto incomoda che ingiusta, e meritevolmente non fu ammessa nella pratica forense di tutte le nazioni di Europa (273).

III. Secondo l' odierna nostra procedura, se fra le parti contraenti non sia intervenuta convenzione alcuna, il creditore, venuto il tempo della restituzione, premessa contro il debitore l' interpellazione a redimere il pegno, dee procedere alla vendita del medesimo, mediante pubblico incanto, per indi ricavarne il prezzo sufficiente alla soddisfazione del credito. Se il prezzo ritratto dalla vendita non è bastante a pagare il credito e le spese, è in facoltà del creditore di procedere a nuovo pignoramento pel residuo; se il prezzo è maggiore del credito, il giudice o tribunale nella stessa sentenza di consegna debbe ordinare che il di più venga restituito al debitore (274). E se per avventura, eseguiti i prescritti esperimenti, il pegno rimanga invenduto, il creditore può chiederne al giudice o tribunale l' aggiudicazione pel primo prezzo dell' incanto (275).

IV. Tutte le moderne legislazioni Italiane, seguendo i principii del Codice di Francia, accordano al creditore il diritto di far ordinare giudizialmente che il pegno rimanga presso di sè in pagamento, sino alla concorrenza del debito, a norma della stima fatta per mezzo de' periti, o di farlo vendere, mediante pubblico incanto. É nullo qualunque patto che autorizzi il creditore ad appropriarsi il pegno o a disporne senza le formalità sopra descritte (276).

(273) Bartolo, in l. 4. de pign. act. et in d. l. ult. Cod. de jur. dom. impetr. Baron. comm. part. 2. Cristin. vol. 4. Decis. 172. n. 3. Cino e Caldas, de empt. cap. 11. n. 24. Brunemm. in d. l. ult. Cod. de jur. dom. impetr. Voet, comm. ad Pand. lib. 20. tit. 5. n. 3. et ult. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 2. tit. 7. §. 4534.

(274) Reg. giud. §. 1289.

(225) Reg. giud. §. 1345.

(276) Cod. civ. Franc. art. 2078. Cod. delle D. S. art. 1948. Cod. Albert. art. 2131. Cod. Austr. art. 461. 1371.

TITOLO IX.

PER MEZZO DI QUALI PERSONE SI ACQUISTI

SOMMARIO

I. *Condizione de' figli di famiglia in ordine agli acquisti = Diritto romano.*
II. *Costumi odierni*
III. *Condizione de' servi.*
IV. *Pratica del presente paragrafo.*

I. A' tempi della romana repubblica la condizione de' figli di famiglia era di una sola maniera; al pari de' servi essi non avevano dominio nè proprietà (277). La distinzione del peculio castrense si cominciò a conoscere sotto gl' Imperatori, i quali, per invitare la romana gioventù a sostenere i pericoli della guerra, e per cattivarsi il suo favore, concessero a' figli di famiglia l' assoluto dominio di tutto quello che in guerra acquistato avessero. Questo privilegio venne poscia concesso ai veterani, e finalmente fu esteso anche a tutti que' beni che i figli di famiglia avessero acquistati mediante le arti liberali (278). Indi ebbe origine la distinzione del peculio castrense e quasi castrense, rispetto a' quali i figli di famiglia venivano considerati come capi di famiglia, ed avevano la libera facoltà di disporne per testamento o in qualunque altro modo loro fosse paruto e piaciuto. Eccettuati questi due peculii, tutto il rimanente si acquistava al padre sino alla nuova distinzione, fatta da Giustiniano de' peculii avventizi. Gli effetti di tale distinzione sono abbastanza manifesti, e poco giova riferirli.

II. Nello stato Pontificio le teorie del diritto Giustinianeo sopra questa materia non sono affatto derogate, salvo gli effetti dell' odierna emancipazione (279); ma sino da qualche secolo addietro furono abolite dalla maggior parte delle nazioni di Europa (280). Secondo l' attuale

(277) Dionis. Alicarnas. lib. VIII.
(278) §. ult. infr. de mil. test.
(279) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. qui igitur, ult. Inst. tit. IX. lib. I.
(280) Grozio Introd. lib. 1. part. 9. n. 10. Gudelin. de jur. noviss. l. 1. cap. 13. Cristin. vol. 1. Decis. 96. n. 21. Argent. ad Cons. Brit. art. 163. gloss. 1. n. 3. Reinhard. de diff. jur. civ. et Saxon. l. 2. part. 6. diff. 44. Groenw de ll. abrog. hic.

Codice di Francia il padre, durante il matrimonio, ha indistintamente l' usufrutto sopra i beni del figlio finchè questi è giunto all' età di diciotto anni compiti: se il figlio venga da lui emancipato prima di questa età, il padre non ha più diritto di conseguirlo. Sciolto il matrimonio prima che il figlio sia emancipato o prima che il figlio sia giunto all' età sopraddetta, l' usofrutto spetta al genitore superstite (281). Questo usufrutto non si estende a' beni che i figli acquistano mediante lavoro e industria separata, nè a quelli che sono stati loro lasciati per donazione o per legato con l' espressa condizione che il padre e la madre non ne abbiano a godere (282). Le sanzioni di questo Codice, intente sempre a conciliare le convenzioni civili col diritto naturale, accordano l' usufrutto anche alla madre, e in ciò v' ha pure una notabile differenza fra il diritto romano e Francese. La legislazione delle due Sicilie è perfettamente consimile a quella di Francia (283), salvo che in essa, premorendo il padre, la madre non ha che la metà di questo usufrutto (284). Negli stati Sardi il diritto dell' usufrutto sopra i beni avventizi del figlio, costituito sotto la patria potestà, dura sino che il figlio sia giunto all' età di 30; anni compiti. Questo diritto cessa al compimento dell' età di venticinque anni riguardo a' maschi e di ventuno riguardo alle femmine, allorchè il figlio o la figlia contraggono matrimonio, previo il consenso paterno. Se il matrimonio è contratto dopo tale età, ma prima degli anni 30, l' usufrutto cessa dal giorno del contratto matrimonio; cessa parimenti, qualora il figlio premuoia prima dell' età di anni 30 suddetta (285). Nel resto, salvo alcune modificazioni, anche le disposizioni di questo codice concordano pienamente con quelle del codice di Francia (286). La stessa concordanza trovasi ne' rimanenti codici Italiani. Negli stati ereditari Tedeschi e nelle provincie spettanti al governo di Milano tutto ciò che i figli acquistano in modo legittimo è loro proprietà. Finch' essi sono nella potestà paterna, il padre non ha che la semplice amministrazione (287).

III. Quand' era in uso la barbara servitù de' romani, i padroni acquistavano anche per mezzo de' servi. In essi non era distinzione di peculii, e tutto apparteneva al loro signore. Si voleva però distinguere la

(281) Cod. civ. Franc. art. 384.
(282) Cod. civ. Franc. art. 387.
(283) Cod. delle D. S. art. 298. 301.
(284) Cod. delle D. S. art. 298.
(285) Cod. Albert. art. 224. 225.
(286) Veggansi gli articoli 226. e seg. Cod. Albert.
(287) Cod. civ. Austr. art. 149.

proprietà dal possesso: la prima si acquistava al padrone ipso jure, e quantunque ignorante, salvo a lui la facoltà di rifiutarla, qualora non l' avesse stimata di suo interesse (288); ed eccettuata l' eredità, la quale non si potea dal servo accettare, se non previo il consenso dominicale (289); il secondo si acquistava al medesimo parimenti ipso jure, e sebbene contro sua saputa (290), qualora si trattasse di cose appartenenti al peculio; ma nelle altre non se gli acquistava il possesso, che dietro sua saputa e consenso (291). La ragione di tale differenza consisteva in questo, che per acquistare il possesso, facea mestieri dell' atto corporale e dell' animo di possedere: quando trattavasi di peculio, il padrone possedeva ed aveva intenzione di possedere per mezzo del servo, e perciò riputavasi possedesse ugualmente tutto ciò che ne formava porzione; ma questa intenzione e possesso non poteasi nella stessa maniera applicare alle cose che erano fuori della condizione del peculio.

IV. Abolita la schiavitù, queste disposizioni non si possono altrimenti applicare nel loro senso letterale: dovrà farsi ricorso alla mente loro ed applicarle a' figli di famiglia in tutto quello che concerne il peculio profettizio, perocchè eglino in questo sieno interamente assimigliati agli schiavi. Indi ne segue che le leggi, le quali son fatte per ogni sorta di persone, parlano spesse volte simbolicamente, e in vece di essere la semplice ragione di un padre di famiglia, diventano un' arte di perfetta logica (292).

§. De his, 4.

SOMMARIO

I. *Esposizione del testo.*
II. *Inutilità del presente paragrafo.*

I. Giustiniano, seguendo la tediosa materia dell' acquisto per mezzo de' servi, dice che, quanto a quelli, ne' quali abbiamo soltanto l' usufrutto, piacque doversi a noi aggiungere tutto ciò ch' essi acquistano mediante le cose nostre o con l' opera loro: tutto ciò ch' essi acquistano fuori di queste due cause, essere di pertinenza del proprietario.

(288) §. 3. hoc tit.
(289) L. 25 §. 4. de adq. vel omitt. haered.
(290) L. 1. §. 5. de adq. vel omitt. poss.
(291) L. 44. §. 1. ff. eod.
(292) Veggasi il Montesquieu, esprit. des lois, liv. 29. ch. 16.

Laonde se un servo sia stato istituito erede, abbia avuto un legato o una donazione, ciò spetta al proprietario non all' usufruttuario.

II. A che cosa può oggigiorno applicarsi questo paragrafo? Al caso di un uomo libero da noi in buona fede posseduto come schiavo? questo caso presso noi è impossibile, dacchè schiavi oggigiorno non sono: a quello di un animale concesso in usufrutto? questo è superfluo, essendo già contemplato da un' altra moltitudine di leggi, le quali determinano abbastanza quali sieno i diritti del proprietario e quali quelli dell' usufruttario, o possessore di buona fede (293). Dunque? Ritenghiamo, che siccome le leggi non si debbono mai separare dalle circostanze in cui son fatte, così, cessata la circostanza che dette luogo a questa legge, debba oggigiorno ritenersi come inutile.

(293) §. 36. 37. Inst. de rer. divis. et tot. tit. ff. de usufr. et quemad.

TITOLO X.

DELL' ORDINAZIONE DEI TESTAMENTI

SOMMARIO

I. *Origine dei testamenti.*
II. *Se la facoltà di testare provenga dal diritto naturale o civile.*

I. L'origine dei testamenti è antichissima; ella sembra, per così dire, derivata dall' epoca stessa in cui furono distinti i dominii. È però certo che ne' primi tempi i testamenti non avessero altre forme che naturali; ma come prima gli uomini cominciarono a formare tra essi le società politiche, e ritrovare le forme per tutte le loro azioni civili, dovettero, per conseguenza, assoggettarvi anche gli atti delle loro ultime volontà. I legislatori regolarono le successioni secondo lo spirito del proprio governo, e sembra che Romolo le determinasse a norma della didivisione de' terreni da lui fatta a' suoi concittadini.

II. Gravissime contese sursero fra gli espositori del diritto naturale per decidere se la facoltà di testare appartenga all' uomo per diritto di natura o per legge civile. Parte di essi sostennero che il rimettere l' esecuzione de' propri voleri a un tempo, in cui l' uomo più non esiste è cosa più presto contraria alle leggi naturali. Costoro viddero in questa maniera di alienare una certa qual specie di donazione, nella quale manca ogni estremo per renderla valevole. Imperciocchè, alla validità della donazione, è necessario il consenso reciproco di entrambe le parti nell' atto della convenzione e dell' accettazione, il quale, nel caso di un testamento, non ha luogo nè per parte del testatore, nè per parte dell' erede. Ma siffatto argomento è la sua parte frivolo; mentre, ammesso che ogni uomo possa in altri trasferire il suo sotto qualche condizione, non v' ha cosa contraria alla natura, se il trasferisca sotto condizione che l' accettazione della sua liberalità si faccia dopo la sua morte. Il consenso da lui manifestato nell' atto della promessa porta seco quello dell' accettazione; e, d' altronde, per parte dell' erede il consenso è presumibile, trattandosi di cosa che concerne il suo favore. Ma se a questi piacque di sostenere un' opinione di tal fatta, altri, per opposizione, sostennero a spada tratta il contrario, dicendo che il diritto di testare è totalmente di diritto naturale. I civilisti entrando di mezzo a tanto contrarie opinioni, quasi in sembiante di giudici, si appigliarono all' ultima, e da siffatte particolarità chiamando altre particolarità, misero in

sul tappeto una moltitudine di quistioni per decidere se le leggi civili potevano, o no, togliere, o modificare questa licenza. Si divisero anch' essi in due partiti; parecchi affermando, altri negando, fecero dono alla giurisprudenza di molti graziosi scritti. Il foro, facendo ad essi giustizia, li valutò a segno, di non dar loro alcun peso (294).

§. Sed ut nihil, 1.

SOMMARIO

I. *Del testamento fatto ne' comizii.*
II. *Del testamento fatto* in procinctu.
III. *Abolizione de' due sopraddetti modi di testare.*

I. Prima della legge delle dodici tavole, eranvi altre leggi in Roma, le quali determinavano la persona, cui, morto il capo di famiglia, dovea appartenere l' eredità ab intestato. Era questa una legge generale che concerneva l' ordine politico dello stato, e perciò non si potea da' privati alterare, se non per mezzo di un atto legislativo. La potestà legislativa risiedeva nel popolo, e solo il popolo potea con nuove leggi derogare alle prime. Se un privato avesse voluto cambiare l' ordine delle successioni intestate, dovea sottoporre il suo volere al giudizio di un' assemblea; laonde il testamento veniva ad essere un atto politico, anzi che civile. Questa maniera di testare offeriva però una moltitudine d' inconvenienti; imperciocchè l' assemblea non si convocasse che due volte l' anno, e non potesse in essa intervenire chi non fosse partecipe del diritto de' comizii. Fu stimato opportuno il ripararvi, e si permise a tutti i cittadini di far testamento alla presenza di alcuni romani cittadini puberi, i quali rappresentassero il corpo del popolo. Indi ebbe origine la maniera di testare *per aes et libram*: essa consisteva in una vendita immaginaria, con la quale fingevasi che il testatore vendesse a un erede fiduciario la propria famiglia.

II. Allorchè si facea testamento nelle grandi assemblee del popolo, la facoltà di farlo non potea competere, che a' cittadini presenti. Siccome gli assenti non poteano intervenirvi, così e' sarebbero rimasti esclusi da questa licenza, qualora la repubblica non ne avesse provveduto il mezzo. Il provvedimento di questo mezzo era cosa importantissima, giacchè le continue guerre dello stato teneano quasi sempre lontana e in

(294) Card. de Luc. de testam. in summ. princ.

pericolo la cittadinanza più generosa. Venne quindi dal popolo concesso a' soldati di poter testare alla presenza di alcuni compagni, e questa sorta di testamento chiamavasi fatto *in procinctu.*

III. Introdotta la maniera di testare *per aes et libram*, i testamenti fatti *in procinctu*, e quelli che soleano farsi nell' assemblee popolari, caddero dall' uso (295). Altri osservano ch' essi andarono totalmente in disuso alla pubblicazione delle XII. tavole.

§. Sed et praedicta, 2.

SOMMARIO

Cenno sul presente e antecedente paragrafo.

I pretori furono sempre più amanti dell' equità che del sommo rigore; alla validità del testamento essi non ricercavano che la soscrizione di sette testimoni, cittadini romani; sebbene per mancanza della mancipazione, questo testamento fosse per diritto civile inutile, nulladimeno il pretorio gli dava vigore, accordando il possesso de beni secondo le tavole (296). Io, per me, sono di avviso che Giustiniano potesse dispensarsi dal riferire tutta questa antichità, la quale a' suoi tempi non era più in uso o fu da lui modificata. Siffatte cognizioni calzano a capello in un libro di storia; in una collezione di leggi che hanno a servire di norma per le azioni presenti, e debbono essere comprese da tutte le persone di mezzano intendimento, le ritengo inutili. La superfluità delle leggi da luogo a' cavilli, l' inutilità delle medesime le affievolisce, le snerva.

(295) Cicerон. de natur. Deor. lib. 2. cap. 3.
(296) Ulpian. fragm. tit. pen. §. 5.

§. Sed cum paulatim, 3.

§. Sed his omnibus, 4.

SOMMARIO

I. *Consonanza del diritto civile e pretorio.*
II. *Testamenti solenni poco o nulla ricevuti nell' uso: introduzione dei testamenti per nuncupazione implicita.*
III. *Legislazione Pontificia.*
IV. *Legislazione straniera.*

I. Aboliti i testamenti fatti nelle assemblee popolari, ne rimanevano due altre specie: il testamento civile cioè fatto *per aes et libram*; e il testamento pretorio, cioè fatto alla presenza di sette testimoni. L' uso de' popoli congiunse insieme queste due specie, e ne formò una terza che chiamossi mista. Gl' Imperatori in appresso, mediante loro costituzioni, la sanzionarono. Per la forma e validità, di questa terza specie di testamento si richiédeva 1. l' unità di contesto, solennità derivata dal diritto civile, perocchè per diritto civile tutti gli atti legittimi dovessero essere continuati: 2. La presenza di sette testimoni, solennità parte introdotta dal diritto civile, parte dal pretorio; 3. La speciale rogazione de' testimoni medesimi, formalità tratta dall' antica convocazione dell' assemblea popolare: 4. La loro soscrizione e suggellazione nel testamento, estremo richiesto dal diritto onorario, e finalmente 5. la soscrizione del testatore, precauzione da ultimo voluta da Giustiniano. Tutte queste solennità chiamavansi esterne, l' interna era unica, cioè l' istituzione dell' erede, della quale parleremo in appresso.

II. Prescindendo adunque dal riferire più a lungo le innovazioni introdotte in questa materia, pubblicata la compilazione Giustinianea, i testamenti si ridussero a due specie: solenni e privilegiati. Si ritennero come solenni tutti quelli, in cui erano necessarie le formalità sopra descritte; privilegiati tutti quelli ne' quali esse solennità venivano rimesse: i primi si divisero in iscritti e nuncupati. Tanto quelli che questi offerivano in pratica alcuni inconvenienti, i quali spesso rendevano intestati quelli che passavano di vita, stimando sè avere alle cose loro ottimamente provveduto. Troppo rigide, troppo rigorose erano le solennità in essi richieste; la mancanza di una mandava a soqquadro la disposizione del testatore; e sebbene qualche clausola salutare l' avesse talvolta sostenuta, nulladimeno ella veniva sempre sostenuta come una

volontà diversa, da quella che realmente il testatore aveva. Ma se tali erano gl' inconvenienti di una disposizione, nella quale il testatore spiegava la propria volontà in iscritto, maggiori ne presentava quella, in cui la volontà del testatore spiegavasi a voce. Imperciocchè, ommettendo che, fatto palese l' erede, scoprivasi l' occasione di far voti per l' altrui morte la mancanza o la corruzione di uno o più testimoni faceva nello stesso tempo mancare il mezzo della prova, e, per conseguenza, rendeva l' atto invalido. L' esperienza, resa capace di tanti incommodi, poco per volta, introdusse un' altra maniera di testare più spedita, più facile e più sicura, la quale mandò quasi totalmente in esiglio le due precedenti. Essa tiene in parte del testamento scritto, parte del nuncupativo, e perciò chiamasi di nuncupazione implicita. È questo un testamento che il testatore fa a voce; egli però non manifesta il nome dell' erede; ma scrittolo in una scheda o in altra maniera, il consegna ai testimoni. Del resto, anche questo testamento in sul principio offeriva gl' inconvenienti del testamento nuncupativo; mentre, venendo a mancare uno de' testimoni, veniva con esso a mancare la prova. L' uso comune e poscia leggi particolari, per ovviare a tale incommodo, prescrissero dovessesi la consegna della scheda, alla presenza de' testimoni, farsi a pubblico Notaio, il quale stendendo a tergo dell' atto il proprio rogito, facesse di esso perpetua fede. Questa maniera di testare, abolite nell' uso quelle di Giustiniano, fu ammessa nella pratica di quasi tutte le nazioni di Europa (297).

III. Secondo l' attuale Pontificia legislazione può, chi il vuole, far testamento a' termini del diritto comune (298), nulladimeno essendo sanzionati i testamenti per nuncupazione implicita (299), l' uso de' primi è rarissimo, per non dire in disuso. Se le schede che contengono l' ultima volontà sono scritte intieramente, datate e sottoscritte di carattere del testatore, basta, secondo l' antica pratica, la presenza di due testimoni e del notaio: la consegna dee farsi a quest' ultimo; l' atto di consegna dee contenere la dichiarazione del testatore, che la scheda chiusa e sigillata è scritta, datata e sottoscritta di suo carattere; il notaio rogato e i due testimoni debbono sottoscriverlo anch' essi (300).

(297) Ruota, in Avenionens. Seu Convallicens. Immissionis, del 3. Dicembre 1746. avanti Millino. Grozio, Introd. lib. 2. part. 17. n. 15. Coren. obs. 31. post. n. 5. Gudelin. de jur. noviss. lib. 2. cap. 5. Grasso. §. testamentum. quaest. 10. n. 8. Vasquez, de success. creat. l. 2. §. 11. n. 16. Toboni, Elem. jur. civ. ad hunc, tit.

(298) Reg. giud. §. 33.

(299) Reg. giud. §. 34.

(300) Reg. giud. §. 35.

IV. Il Codice di Francia riconosce tre specie di testamenti comuni: l'olografo, il pubblico e il mistico. Il primo non ricerca altra formalità, se non che sia scritto intieramente, datato e sottoscritto di propria mano del testatore (301). Il secondo richiede la presenza di due notai e due testimoni, o di un notaio e quattro testimoni. Nell' uno e nell' altro caso il testamento debb' essere dettato e sottoscritto dal testatore e dai testimoni, e scritto dal notaio rogato (302). Queste due specie di testamenti non hanno veruna somiglianza con quelli del diritto Giustinianeo. Il terzo concorda in gran parte col testamento di nuncupazione implicita, salvo che, secondo il codice Francese, regolarmente si richiede la presenza di sei testimoni (303). Le disposizioni di questo codice sono state interamente imitate dalla legislazione delle due Sicilie (304), e da parecchi altri principati Italiani. Il Codice degli stati Sardi ammette un testamento pubblico e un altro segreto. Il primo è consimile al testamento fatto per atto pubblico di Francia, salvo che in questa legislazione non è sancito il primo caso. Il secondo concorda col mistico; eccettuato che il numero de' testimoni è limitato a cinque (305). Il Codice d' Austria distingue cinque specie di testamenti: lo scritto senza testimoni, lo scritto co' testimoni, il nuncupativo, il giudiziale e lo stragiudiziale. Il primo non è altro che l' olografo (306). Il secondo debb' essere sottoscritto dal testatore e da tre testimoni. Non è però necessario che i testimoni sappiano il contenuto del testamento, bastando che il testatore, avanti ad essi, dichiari che lo scritto contiene realmente la sua ultima volontà (307). Il nuncupativo richiede che il testatore spieghi seriamente la sua volontà innanzi a tre testimoni idonei, e capaci di far fede che nella persona del testatore non occorse dolo ed errore (308). Tanto il testamento scritto che il nuncupativo si può fare in presenza del giudice. In questo caso la disposizione scritta debb' essere per lo meno sottoscritta dal testatore e consegnata al giudice da lui personalmente. Il giudice, previe alcune formalità, sugella lo scritto col sigillo giudiziale, e nota sull' involto di qual persona sia ivi contenuta la volontà. Si forma intorno a ciò un protocollo, e lo

(301) Cod. civ. Franc. art. 970.
(302) Cod. civ. Franc. art. 971. e segg.
(303) Cod. civ. Franc. art. 976.
(304) Cod. delle D. S. art. 895. e segg.
(305) Cod. Albert. art. 744. e segg.
(306) Cod. civ. Austr. art. 578.
(307) Cod. civ. Austr. art. 579.
(308) Cod. civ. Austr. art. 585.

scritto si costudisce in giudizio, rilasciandosi attestato di averlo ricevuto (309). Se il testatore vuol dichiarare a voce la sua volontà, la dichiarazione si riceve pure a protocollo che si costudisce suggellato nel modo sopra stabilito (310).

§. Possunt autem, 5.

Fra le solennità descritte nell' antecedente paragrafo, era parimenti necessario che i testimoni apponessero nel testamento il loro sigillo. Del resto, a' tempi di questa giurisprudenza non era ne' testamenti richiesto l' intervento di alcuna persona pubblica. Siccome ne' moderni costumi di quasi tutte le nazioni si richiede oggigiorno in quest' atto la presenza di un pubblico notaio, il quale vuole apporre il proprio sigillo in tutti gli atti per sua mano celebrati, così quello de' testimoni non viene oggigiorno atteso.

§. Legatariis, 11.

SOMMARIO

I. *Della testimonianza de' legatarii. Ragione di Giustiniano riprovata.*
II. *Osservazioni sull' opinione del Bacovio e del Vinnio.*
III. *Conciliazione fra' costumi antichi e moderni.*

I. Ne' paragrafi antecedenti Giustiniano si fece ad esporre tutte le persone che si ritengono, o no, come testimoni idonei. Nel che pertanto egli non è perfettamente di accordo con parecchi degli antichi prudenti (311). Parlando ora de' legatari, dispone che la loro testimonianza può essere ne' testamenti ammessa: E ciò per questo, ch' essi non sono successori di diritto, ossia perchè il testamento è un atto che non risguarda il testatore e il legatario, ma il testatore e l' erede. Non pochi però sono i Dottori, cui punto non soddisfa la ragione da Giustiniano allegata. Imperciocchè, sebbene sia vero che i legatari non siano successori di diritto, e che i legati non appartengano alla costituzione del testamento, è pure altrettanto vero che in

(309) Cod. civ. Austr. art. 587.
(310) Cod. civ. Austr. art. 588.
(311) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 20. ff. qui test. fac. poss.

quest' atto si tratta anche del loro vantaggio, e ch' essi hanno peculiare interesse che il testamento sussista (312). La qual cosa, come osserva il Vinnio, è bastante per escludere i legatari da tale testimonianza. E in fatti, sebbene principalmente e direttamente essi non rendano testimonianza nelle cose loro, nulladimeno in conseguenza dell' adizione dell' eredità e della conferma del testamento, vengono ad avere un vantaggio anch' essi; e perciò, contro le regole del diritto, fanno testimonianza in causa propria; mentre causa propria chiamasi quella, nella quale uno, in qualsivoglia modo, può perdere od acquistare (313).

II. Gl' Interpreti più accurati, ricusando questa ragione di Giustiniano, si fecero a fornirne altre parecchie. Il Bacovio allegò non essere inconveniente che il legatario si ammetta a far fede nel testamento; imperciocchè, tanto se si voglia considerare il tempo, in cui il testamento fu fatto; quanto se si voglia considerare quello, in cui fu aperto; i testimoni depongono solamente del fatto e della volontà del testatore: in questo caso la loro deposizione non concerne mai il proprio loro vantaggio; e quando e' del legato si fanno a chiedere l' erede, essi non hanno altro affare che con l' erede medesimo, il quale non può non prestar fede alla testimonianza di quelli, la cui fede egli ha seguito nella propria causa. Questa ragione parve di gran momento al Vinnio, e non ristette dall' abbracciarla. Io però la ritengo più sottile che solida, e, se non erro, parmi che non molto differisca dalla precedente. E in fatti, appunto perchè i legatari depongono di una volontà o di un fatto, pel quale, adita l' eredità, sperano di conseguire un lucro, si debbono rimuovere da cotesta testimonianza.

III. Lasciando adunque da parte la disposizione delle leggi romane, le ragioni del Bacovio e del Vinnio, sono d' avviso che con più fondamento nella presente quistione si debba distinguere la differenza dei tempi. Quando il testamento solenne de' romani era più in uso, i testimoni intervenivano più per costituzione dell' atto che per formare la prova; e perciò, a imitazione degli antichi riti, se ne ricercavano sette di numero, i quali rappresentassero i cinque testimoni cittadini romani puberi, l' antestato e il libripende. Oggigiorno però, ne' testamenti più ricevuti nell' uso, i testimoni intervengono solamente per la prova dell' atto, non per la sua costituzione. Fatta adunque differenza de' tempi, vuolsi fare differenza di disposizioni; giacchè, come altrove dicemmo,

(312) L. eam quam, 14. Cod. de fideicomm.

(313) L. 1. §. in propriae, 11. quand. appell. DD. in l. in omnibus, 10. et l. seq. Cod. de testib.

le leggi non si debbono mai separare dalle circostanze in cui furono fatte. Indi ritengo che nel testamento solenne, ove si ricerca un numero di sette testimoni, il legatario si possa ammettere; ma che nel testamento di noncupazione implicita, ove se ne ricerca un numero minore di due terzi, s' abbia a rimuovere (314). Nel che v' ha pur la ragione che gli scrupulosi e diligentissimi requisiti, i quali s' aveano ad osservare ne' testamenti solenni, e il numero maggiore de' testimoni, rendevano questa testimonianza più valutabile, che negli odierni testamenti in cui tutto l' atto si forma fra due testimoni ed un notaio (315). Siffatta distinzione venne addottata dal Codice di Francia e da quello del regno delle due Sicilie (316). Secondo il Codice di Austria il legatario non è testimonio idoneo riguardo alla cosa ad esso lasciata, come pure nol sono il suo coniuge, i suoi genitori, i figli, i fratelli, gli affini nel medesimo grado e i suoi domestici salariati (317).

(314) Veggasi il Mascard. de probat. concl. 972. in fin.
(315) Papon. Notair. t. l. 7. in vers. autre, pag. 440.
(316) Cod. civ. Franc. arg. art. 975. Cod. delle D. S. arg. art. 901.
(317) Cod. civ. Austr. art. 594.

TITOLO XI.

DEL TESTAMENTO MILITARE

SOMMARIO

I. *De' privilegi de' militari.*
II. *Se detti privilegi siano oggigiorno in uso.*
III. *Legislazione estera.*

I. Nel terzo paragrafo di questo libro i testamenti furono divisi in solenni e privilegiati. Fra questi ultimi occupa il primo luogo il testamento de' militari. A' tempi della repubblica era per essi in uso il testamento fatto in procinto. Ma questo privilegio del militare di potere per ultima volontà disporre del suo senza formalità alcuna, cessava quando era cessata la battaglia, nè vi era ulteriore pericolo. Giulio Cesare estese il privilegio a tutto il tempo della spedizione militare, senza distinguere se il soldato fosse in aperta campagna o nelle trincee. In appresso Tito, quindi Domiziano, poscia Nerva, e finalmente Trajano, mediante loro costituzioni questo privilegio ampliarono. Laonde per la validità di tale disposizione testamentaria, bastava che la volontà del defunto si rendesse manifesta con prove non equivoche, nulla rilevando s' ella fosse dichiarata sulla vagina della spada, sullo scudo, o nelle altre armi con lettere formate del proprio sangue, o descritte nella polvere (318). Nè i militari godevano solamente del privilegio di essere nei testamenti esentati da tutte le solennità esterne; imperciocchè erano in essi rimesse anche quasi tutte le interne, il che più distesamente s' incontra ne' libri del Digesto e del Codice (319). Del rimanente, perchè questo privilegio avesse luogo, era necessario che il testatore morisse soldato, oppure entro l' anno della sua dimissione.

II. Gl' interpreti, non che parecchi fra trattatisti, chiamarono in dubbio se questi privilegi concessi a' militari dell' antico impero, sieno competenti a' militari d' oggigiorno. Alcuni ritennero la negativa, tratti dalla ragione che oggigiorno non sono più in uso le antiche solennità, con le quali anticamente i soldati si arruolavano nelle milizie (320).

(318) L. 15. Cod. de test. mil.
(319) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. heredes, 25. §. 1. fam. ercisc.
(320) Zoanett. in tract. de Rom. Imp. n. 51. et seqq. Aponr. de potest. Proreg. tit. de assens. reg. §. 7. n. 41.

Ma l' opinione più comune è per l' affermativa (321), e questa fu seguita dalla pratica di quasi tutte le nazioni (322). A simiglianza dei militari compete la stessa facoltà agli Emm. Cardinali della S. R. Chiesa, i quali, in forza di privilegio, possono far testamento senza alcuna solennità, bastando che l' ultima loro disposizione venga dichiarata in una scheda (323).

III. Negli stati ereditari Tedeschi e in Lombardia i privilegi del testamento militare sono determinati dalle leggi militari (324). In Francia e in tutti que' principati che hanno imitato il Codice Napoleone, i militari e le persone impiegate presso l' armata, purchè sieno in spedizione militare, acquartierati, o in guarnigione fuori del territorio del regno, o prigionieri presso l' inimico, possono in qualunque siasi paese consegnare il loro testamento a un capo di battaglione o di squadrone o al maggiore o a qualunque ufficiale di grado superiore, o a due commissari di guerra o a un solo di essi, in presenza di due testimoni (325). Se il testatore è ammalato o ferito il suo testamento può essere ricevuto dall' ufficiale di sanità in capo, assistito dal comandante militare incaricato della polizia dello spedale (326). Secondo il Codice degli Stati Sardi in questo caso il testamento può essere ricevuto dal cappellano o dal chirurgo di servizio in presenza di due testimoni (327). Tanto nell' uno che nell' altro caso i testamenti debbono essere più prestamente che sia possibile trasmessi al quartier generale e da questo alla regia segreteria di guerra, la quale dee ordinarne il deposito nell' archivio d' insinuazione del distretto, in cui il testatore ha domicilio, e, non essendo questo conosciuto, nell' archivio d' insinuazione di Torino (328). I testamenti fatti secondo la forma sopra stabilita, sono nulli sei mesi dopo il ritorno del testatore nel luogo, ove possa far testamento colle forme ordinarie (329).

(321) Dian. p. 7. tract. 6. res. 42. Boss. tom. 2. oper. moral. tit. 11. de test. milit. §. 3. n. 40.

(322) Ruota, Decis. 150. part. 12. recent. et in Perusina successionis del 4. Luglio, 1791. avanti Gardoqui. Grozio, Introd. l. 2. part. 7. Cristin. vol. 4. Decis. 3. n. 5. Gail. lib. 2. obs. 118. n. 6.

(323) Ruota, Decis. 306. n. 3. tom. 2. avanti Crispo.

(324) Cod. civ. Austr. art. 600.

(325) Cod. civ. Franc. art. 981. Cod. civ. delle D. S. art. 907. Cod. Albert. art. 792.

(326) Cod. civ. Franc. art. 982. Cod. civ. delle D. S. art. 793.

(327) Cod. Albert. art. 793.

(328) Cod. Albert. art. 794.

(329) Cod. civ. Franc. art. 984 Cod. delle D. S. art. 910. Cod. Albert. art. 796.

TITOLO XII.

DELLE PERSONE CUI NON È PERMESSO FAR TESTAMENTO

SOMMARIO

I. *Ragione per cui é negata ai figli di famiglia la licenza di poter fare testamento. Leggi de' Romani.*
II. *Continuazione della stessa materia. Leggi di Giustiniano: osservazioni sul presente paragrafo.*
III. *Legislazione estera.*
IV. *Diritto Canonico.*

I. Sotto l' impero de' Romani i figli di famiglia, rispetto al padre, erano considerati come cose patrimoniali; ma rispetto ai terzi erano cittadini al pari degli altri. Non era quindi loro interdetto alcun atto civile tra' vivi, salvo il mutuo, per disposizione del SC. Macedoniano. Negli atti di ultima volontà vigeva però una legge differente e l' antico diritto toglieva espressamente a' figli di famiglia la facoltà di poter fare testamento. La qual disposizione, considerata la condizione de' figli di famiglia e la differenza dello stato politico dell' impero, non aveva anticamente quell' irragionevolezza che alcuni vi ritrovano negli odierni costumi. Imperciocchè, come altrove osservammo, a' tempi dell' antica repubblica i testamenti si facevano nell' assemblee popolari, nelle quali non avevano intervento, se non le persone libere; i figli di famiglia venivano, per conseguenza, esclusi; ed essendo in allora il testamento un atto di diritto politico, il padre non potea per tale effetto prestare al figlio il suo consenso (330). Andata in disuso la maniera di testare nelle grandi adunanze del popolo, le disposizioni di ultima volontà, poco per volta, cominciarono a prendere una forma meramente civile; e quindi, tolta la causa dell' esclusione, parea ch' esse avessero a rendersi comuni a tutti quelli che de' diritti civili fossero partecipi. Ciò peraltro non poteva occorrere; giacchè sebbene fosse cessata una ragione abbastanza rilevante, ne rimanea presso i Romani un' altra non meno gagliarda della prima, cioè la mancanza del soggetto. È noto che sotto l' impero delle leggi romane i figli di famiglia nulla avevano del proprio, mentre tutto quello ch' essi acquistavano, apparteneva al padre o all' avo, nella cui potestà vivevano. Donde sarebbe

(330) Montesquieu, Esprit des lois, liv. 27. ch. 22.

stata cosa veramente ridicola che le antiche leggi avessero concesso di testare a cui non avea di che. E in fatti, Ulpiano, parlando di tale disposizione, non allega altra ragione che questa (331); e perciò sembra potersi conchiudere che se la condizione de' figli di famiglia sotto le leggi romane fosse stata come sotto le leggi greche, e' non sarebbero stati esclusi dalla facoltà di potere per ultima volontà disporre del loro, siccome non erano esclusi ne' pecull castrensi.

II. Sopravvenute le nuove leggi di Giustiniano, la condizione dei figli di famiglia ebbe a cangiare aspetto. Essi furono resi capaci di proprietà e dominio. E sebbene in generale questa proprietà non sia assoluta, nulladimeno in molti casi è piena ed assoluta, non essendo al padre riserbato neppure l' usufrutto. Cessate adunque del tutto le circostanze, per le quali veniva denegata a' figli di famiglia la facoltà di poter testare, fu veramente strano il ritenerne tuttavia la disposizione, come se l' antica repubblica o l' antico impero fossero tuttavia nel loro stato. Dispongono le nuove leggi che il figlio di famiglia, non ostante il patrio potere, abbia la proprietà ne' beni avventizi; permettono che, a simiglianza di un padre di famiglia e con lo stesso ordine di successione, abbia l' erede ab intestato per modo, che la potestà paterna non rende in conto alcuno migliore la condizione del padre o dell' avo; concedono finalmente ch' egli, come persona libera, possa fare qualunque atto o contratto, e disporre del suo senza riserva, salvo l' usufrutto che la nuova legge accorda al padre. Dov' è adunque una ragione abbastanza sufficiente per proibire al figlio di famiglia nel punto di morte quello che la legge gli concede da vivo? Perchè vietargli morendo un atto prudente, laudevole e dalle leggi favorito; laddove, vivendo, può fare ogni atto, quantunque dissipatorio, lesivo e soggetto agl' inganni? Alcuni mossi da queste ragioni, sostennero che Giustiniano abbia con le sue nuove leggi concesso a' figli di famiglia la facoltà di testare; il che dissero non trovarsi espresso, perchè ciò non venne in mente a Triboniano, allorchè trascriveva le leggi del suo Sovrano (332). Quest' opinione però non ha alcun fondamento, e viene apertamente confutata da parecchie leggi del Codice (333).

III. Più volte venne da noi inculcato che le leggi non si debbono mai separare dalle circostanze, per cui furono fatte; e che ces-

(331) In fragm. tit. 20. §. filiusfamilias, 9.
(332) Vinn. hic. n. 6.
(333) L. penult. Cod. qui test. fac.

sale le circostanze, debbono, per conseguenza cessare le leggi medesime. Abolita sino da parecchi secoli l' antica patria potestà dei Romani, furono nello stesso tempo aboliti anche i suoi effetti (334). Presso quasi tutte le nazioni tanto oltramontane che citramontane si ritenne che l' età liberasse dal potere del padre, e che il figlio, salvo l' usufrutto sino a un certo tempo, acquistasse tutto per sè medesimo. Reso in tal modo poco meno che padre di famiglia, purchè fosse sano di mente e pervenuto agli anni della pubertà, quasi tutti i popoli gli concessero la licenza di poter testare (335), e questo principio sembra oggigiorno ammesso da quasi tutte le moderne legislazioni (336).

IV. Il diritto canonico, derogando al civile, concede, non ostante la potestà patria, la facoltà di poter testare de' beni avventizi a' figli di famiglia cherici, senza punto distinguere, se detti beni siano stati acquistati prima o dopo il chericato. Del rimanente, la disposizione da lui fatta sopra i beni acquistati dopo di questo tempo è veramente assoluta ed abbraccia tanto la proprietà che l' usufrutto: la disposizione de' secondi, finchè il padre è vivente, non comprende che la sola proprietà, non potendo in questo caso il figlio di famiglia recar pregiudizio all' usufrutto legale del genitore (337).

§. Item prodigus, 2.

SOMMARIO

I. *Ragione dell' intestabilità del prodigo.*
II. *Osservazioni sul presente paragrafo.*
III. *Uso del foro.*

I. La maniera di testare nelle grandi assemblee del popolo non era che una legge, la quale, per disposizione particolare, derogava agli antichi principii sulla divisione de' terreni. Allorchè i testamenti si facevano in questa forma, erano, per necessità, esclusi tutti quelli che,

(334) Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. IX. lib. 1. Inst.

(335) Vinnio, hic. Covarruv. de test. ad rubr. part. 3. in fin. Perez. comm. ad Cod. tit. qui test. fac. n. 10. Autumn. confer. et censur. Gall. in l. Aristo, 9. ff. de jur. codic. Groenew. de leg. abr. hic Voet, comm. ad. Pand. lib. 28. tit. 1. n. 43.

(336) Cod. Albert. art. 234. legge Toscan. del 15. Nov. 1814. tit. delle persone alle quali non è per. far test. art. 2. Cod. civ. Franc. art. 903. Cod. delle D. S. art. 819.

(337) Card. de Luc. de regular. disc. 63. n. 9. Ruota, nella Decis. confer. 258. per tot. part. 16. rec.

per qualsivoglia causa, non potevano intervenirvi. Tolta dall'uso, perchè troppo incommoda, questa maniera di testare, se ne introdusse, come altrove dicemmo, una nuova, la quale chiamossi per *aes et libram*. Veggendo i giureconsulti, come l'eredità era cosa che potea comportare la mancipazione, finsero che il padre di famiglia o il testatore vendesse la propria famiglia o eredità a un compratore fiduciario in presenza di cinque testimoni. Coteste vendite, come osserva il Montesquieu (338), dapprincipio erano reali, e perciò non bisogna credere con Giustiniano che fossero immaginarie; dacchè tali divennero in appresso. Esse erano una specie di alienazione tra' vivi, e quindi le antiche leggi n'escludevano il prodigo, siccome quegli ch' essendo privato di qualunque governo degli affari, non potea vendere la propria famiglia (339).

II. Cessata la forma di testare per *aes et libram*, il testamento ebbe in appresso forme sue proprie, le quali nulla hanno di comune con la vendita e con gli altri atti tra' vivi. Indi la maggior parte dei dottori ritiene come un assurdo l'escludere il prodigo da questo diritto, essendo, secondo loro, cessata la genuina ragione della sua esclusione. E in fatti, sebbene la prodigalità venga considerata come una specie di pazzia, nulladimeno essa non rende la mente inferma a segno di togliere totalmente la ragione. Ne' pazzi o dementi il fluido nervoso e il tessuto del cervello è depravato, e, per conseguenza, la loro fantasia rimane in un totale disordine; ma ne' prodighi non v' ha che un' imperfezione di giudizio, la quale altera l'intelletto solo in quello che concerne la privata economia. Simile imperfezione è più morale che fisica, e risguarda soltanto le donazioni tra' vivi, e gli altri contratti obbligatori e irrevocabili, fatti in pregiudizio di sè medesimo; ma questo pregiudizio non ha luogo negli atti revocabili, e specialmente nelle ultime volontà. Imperciocchè, se il testatore sopravviva, può sempre revocarle a suo piacimento; e se all' opposto muore, poco gl' interessa che la sua roba sia piuttosto dell' uno che dell' altro.

III. L' assoluta esclusione del prodigo si rende maggiormente irragionevole per la comparazione col furioso. Il furioso e il prodigo sono dalle leggi assimigliati: nulladimeno havvi tra loro questa rimarchevole differenza, che il testamento del primo è valido, qualora sia stato fatto in un lucido intervallo di ragione; quello del secondo è inutile, qualora sia stato fatto durante l' interdetto. Ora, io non so

(338) Esprit. des lois, liv. 27. ch. 22.
(339) Gotifred. l. is cui lege 15. ff. qui test. fac. Montesquieu, d. luogo.

vedere per qual motivo, le leggi ritengano capace di potere ottimamente disporre del suo un furioso, e negano questa capacità al prodigo; laddove, conforme la retta ragione, si dovrebbe piuttosto ritenere incapace il primo, e più capace il secondo; giacchè nel primo l' incapacità, o, per servirmi di un termine legale, l' intestabilità è veramente naturale, nel secondo è meramente accidentale (340). Questa dissonanza non isfuggì alla mente dell' Imperatore Leone, il quale veggendo come le antiche leggi ritenessero valido il testamento del furioso qualora e' l' avesse fatto ne' lucidi intervalli di ragione, dispose, fosse per lo stesso motivo valido il testamento del prodigo, qualora, avendo egli saggiamente provveduto alla sua discendenza o a' suoi parenti poveri, non si riconoscesse nel suo testamento segno alcuno di prodigalità (341). E comecchè, per comune consenso di tutti gl' Interpreti, le Novelle dell' Imperatore Leone, non sieno abbracciate nell' uso del foro, nulladimeno, essendo questa basata sull' equità naturale, fu ammessa in Francia, in Olanda, in Germania e da pressocchè tutte le moderne legislazioni Italiane (342).

§. Ejus, 5.

SOMMARIO

Se le disposizioni del presente paragrafo sieno applicabili alle guerre con gl' Infedeli.

Il testamento di un cittadino fatto nella captività era nullo, giacchè la schiavitù, come abbiamo altrove osservato, importava la morte civile, e spogliava il cittadino di ogni suo diritto. Ma se il testamento era fatto prima della schiavitù medesima, la disposizione del captivo era valida tanto se di nuovo ritornava alla patria, quanto se moriva nella captività. Nel primo caso ella si reggeva mediante la finzione del postliminio, nel secondo, mediante quella della legge Cornelia (343). Oggigiorno però che il prigioniero di guerra non cambia stato, l' utile

(340) Pothier, des donat. test. ch. 3. sect. 1. art. 3.

(341) Nov. Leon. 39.

(342) Charond. Pandect. du droit Franc. l. 3. c. 2. Sande, l. 4. tit. 1. def. 3. Groenew. de ll. abr. hic. Duranton, cors. di dirit. franc. lib. 3. tit. 2. cap. 2. sez. 1. §. 2. n. 168. Cod. Albert. art. 380. 704. Cod. Austr. art. 568. Cod. Parmens. art. 620. Cod. Ticin. art. 322.

(343) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 5. Ist. lib. I. tit. XII.

di queste due finzioni è superfluo (344). Parecchi ritengono che le disposizioni del diritto romano sulla captività sieno applicabili a' Cristiani caduti schiavi presso gl' infedeli (345); alla qual sentenza si conformò talvolta la pratica del regno di Spagna e del Portogallo (346). Nulladimeno l' opinione contraria è più ricevuta (347), e, secondo la testimonianza del Forti (348), non v' è autorità, la quale assicuri esservi ne' tempi moderni la consuetudine di riguardare come morti civilmente questa sorta di captivi

(344) Veggasi il cit. §. 7, e quello che abbiamo detto nel §. 1. Ist. tit. XVI. lib. I.

(345) Gudelin. de jur. noviss. cap. 4. n. 7. Schilter. ad Pandict. Exercit. 3. thes. 2. Stamm. de servit. personal. lib. 1. tit. 1. cap. 4.

(346) De Retes, Opuscul. lib. 6. De postlim. cap. 8. p. 293. Ramon. cons. 6.

(347) Strykius, usus hodier. Pand. lib. 1. tit. 5. §. 4. Covarruvias, in c. peccatum, cap. 2. §. 11. n. 6.

(348) Ist. civ. lib. 11. cap. 10. sez. 1.

TITOLO XIII.

DELLA DISEREDAZIONE DE' DISCENDENTI.

SOMMARIO

I. Gl' Interpreti prima di farsi ad illustrare il testo del presente titolo, sogliono per lo più premettere una lunga diceria, come cosa importantissima, per decidere se il padre sia per natura obbligato a istituire eredi i propri figliuoli. Secondo il solito, essi non tutti sono di unanime consentimento, nè mancano su questo proposito opinioni stravagantissime. Gli espositori del diritto naturale, cui siffatta quistione assai meglio si addice che a' civilisti, distinguono i figli puberi dagl' impuberi. Osservando eglino che il padre è tenuto a proteggere e a dar soccorso a' figli non solo colla propria autorità e consiglio, ma eziandio con le proprie sostanze, finchè essi non sieno giunti alla perfezione delle forze fisiche e morali, ritengono ch' egli sia assolutamente obbligato a istituirli eredi, finchè sono nell' età impubere; ma che cessi per lui quest' obbligo, allorchè, giunti all' età perfetta, avendo acquistata robustezza di corpo e di mente, non abbiano mestieri dell' aiuto e direzione paterna. Del resto, se tutte queste ragioni possono avere alcun peso ne' scritti di un espositore di diritto naturale, ne' commenti di un interprete del diritto civile sono la sua parte frivole. Imperciocchè l' incapacità di provvedere al proprio sostentamento potrà per legge di natura obbligare il padre ad alimentare i suoi figliuoli, ma non già a istituirli eredi; che anzi, secondo le medesime leggi naturali, cessa nel padre anche l' obbligo suddetto, allorchè i figli sieno adulti ed abili a provvedersi di per sè stessi mediante la loro fatica ed industria. Quando gli uomini, lasciando lo stato di società naturale, formarono tra essi le società civili, si fecero a regolare le successioni a norma delle divisioni de' terreni e de' propri stati politici: indi fu senza

alcuna distinzione stabilito che la legittima s' avesse a lasciare tanto ai poveri che a' ricchi, tanto a' deboli che a' robusti, nella quantità e modi dalla legge prescritti; e perciò, procedendo questa materia a tenore delle leggi civili, sa di vera frivolezza il volerla frammischiare con leggi di un genere diverso (349).

II. Secondo le antiche leggi de' Romani non vi erano che due ordini di eredi, cioè i figliuoli e tutti que' discendenti che viveano sotto la potestà paterna, distinti col nome di *eredi suoi*; e, in loro mancanza, i parenti più prossimi per parte di maschio, distinti con quello di *agnati*. Ma le leggi di successione non derogavano in conto alcuno all' esteso potere de' padri. Era quindi in loro assoluta facoltà di potere nel proprio testamento ommettere i figliuoli, o senza giusta ragione diseredarli. La quale illimitata facoltà avendo talvolta partorito pessime conseguenze, furono sollecite le leggi a provvedervi. Venne stabilito fossero i padri obbligati a istituire eredi i propri figli; non potessero, senza giusta causa, diseredarli; la cognizione di essa al giudizio de' Centumviri si riserbasse; preteriti, il testamento annullassero. Ciò non ostante, essendo nel rimanente intatti ed illesi i diritti del patrio potere, si volle con somma accuratezza per questi effetti distinguere la condizione dei figli, facendosi una rimarchevole differenza tra' figli esistenti nel paterno potere ed emancipati, fra maschi e femmine, fra legittimi, ed illegittimi, fra naturali e adottati, finchè non piacque a Giustiniano di togliere gran parte di queste distinzioni.

III. Conciosiacchè, stimando egli regolare le successioni secondo il diritto naturale, abrogò ogni differenza di sesso e di grado, disponendo che tutti i discendendi tanto figli che nipoti, nati o da nascere, quanto maschi che femmine, si dovessero istituire eredi o nominatamente diseredare. E ciò non bastandogli, con saggia antiveggenza prescrisse che il giudicare della verità e giustizia della causa espressa per la diseredazione non fosse, come per l' innanzi, riserbata all' arbitrio dei giudici; ma che le cause venissero dalla legge stessa determinate, e che a' giudici non fosse riserbata altra cognizione, che quella del fatto. Laonde, dopo questa nuovissima legislazione, tutti que' discendenti cui per legge è dovuta la legittima, si debbono, per la validità del testamento, istituire eredi o nominatamente diseredare per una di quelle cause già dalla legge prevvedute. Mancando uno di questi estremi, il testamento è nullo. Ma comecchè non possa revocarsi in dubbio che Giustiniano abbia assai meglio regolato i modi delle successioni, tut-

(349) Montesquieu, Esprit. des lois. liv. 26. ch. 6.

tavolta non si può negare che la sua nuova giurisprudenza abbia lasciato aperto l' adito a parecchie sottigliezze. Considerando la legge civile che i figli, vivo il padre, sono in certo quel modo padroni delle sostanze paterne, non dalle materne, pose una rimarchevole differenza fra la preterizione del padre e quella della madre. La prima annulla il testamento ipso jure, siccome quella che toglie al figlio ciò che è quasi suo: la seconda non l' annulla, ma il rescinde, mentre nulla gli toglie, non essendo il figlio suo erede alla madre, ma bensì al padre (350). Io, per me, reputo questa una mera sottigliezza, la quale non ha per base nè il diritto naturale e poco il civile: non il naturale, poichè per diritto naturale non v' ha alcuna differenza fra padre e madre; poco il civile, poichè, accordando esso la legittima al figlio tanto sui beni paterni, che materni, considerata la verità delle cose, è senza dubbio vero che questa gli vien tolta tanto dall' una che dall' altra preterizione. Posta questa differenza, si volle che la preterizione degli ascendenti paterni, annullando il testamento, non solamente rendesse inutile l' istituzione dell' erede; ma eziandio le rimanenti disposizioni testamentarie, come i legati, fidecommissi, donazioni per causa di morte ec. e che quella degli ascendenti materni, rescindendolo semplicemente, rendesse invalida solo l' istituzione dell' erede. Fra la diseredazione degli uni e degli altri, anche dopo il diritto nuovissimo, non rimase differenza di sorta, e tanto nell' una che nell' altra ha luogo solamente la querela d' inofficioso.

I principii di diritto sopra esposti sono senza dubbio i più certi e in essi conviene la maggior parte degl' interpreti più accreditati. Nulladimeno siccome nella nostra ragione civile non v' ha penuria di contraddizioni, così v' hanno pure moltissimi, i quali, forse deviando dal ragionamento sottile, mantengono non esservi alcuna differenza fra preterizione paterna e materna. Quindi, secondo tale opinione, si dee soltanto distinguere se il figlio sia stato preterito, perchè il testatore ne ignorava l' esistenza; o, sapendola, perchè aveva in animo di privarlo dell' eredità. Nel primo caso la preterizione annulla il testamento in tutto: nel secondo, solo riguardo all' istituzione. Questa distinzione tratta più semplicemente dalla presunta volontà del testatore, fu ricevuta nell' uso forense di tutta Italia, e di altre nazioni (351).

(350) Vinnio, in §. mater. n. 1. Ist. hoc. tit.

(351) Falconer. decis. 17. Peutinger. decis. 194. 290. Voet, comment. ad Pand. lib. 28. tit. 2. n. 11. Gail. obs. pract. 114. per tot. lib. 2. Ant. Fabr. Cod. suo for. sub. [illegible] lib. at posth. def. 1. Grozio, Introd. lib. 2. p 18. n. 11 et seqq. Gudelin. de jur. noviss. lib. 2. in fin. Richer. univ. civ. et crim. jur. Inst. lib. 2. tit. 19. §. 6627. Cristin. vol. 4. decis. 9.

IV. Laonde in pratica le antiche differenze fra la preterizione e la diseredazione, ossia fra la nullità ipso jure e la rescissione mediante la querela d' inofficioso, diventarono una disputa meramente accademica, atta più a far perdere il tempo nelle scuole, che a recare qualche profitto nella perorazione e decisione delle cause. Il che avvenne per due ragioni. Primo, perchè, secondo l' opinione più ricevuta la costituzione nuovissima di Giustiniano (352), ha disposto che la nullità per causa della diseredazione o preterizione, tanto paterna che materna, operasse solo riguardo all' istituzione dell' erede, lasciando valide e ferme le rimanenti disposizioni testamentarie. E sebbene il Taglioni (353) sostenga che l' opinione contraria è più ricevuta, nulladimeno da quasi tutti i forensi e dalla pratica de' nostri tribunali è senza dubbio più ricevuta l' opinione contraria alla sua (354). Secondo, perchè in pratica la clausula codicillare aggiunta ne' testamenti non solo conferma i legati, i fidecomissi e le rimanenti disposizioni ivi contenute, ma eziandio la stessa istituzione dell' erede, quantunque il testamento sia nullo per la preterizione o diseredazione fatta senza causa; supponendosi in forza di detta clausula che l' erede chiamato ab intestato, detratta la quarta, sia per fidecommisso pregato di restituire l' eredità all' erede scritto (355). E siccome oggigiorno, secondo lo stile comune di tutti i notai, questa clausula si suole aggiungere in ogni testamento, così tutta la disputa sulla preterizione o diseredazione si riduce a conoscere se l' erede chiamato dal testatore debba succedere direttamente per testamento, ovvero indirettamente per fidecommisso.

V. Ma poichè la presente materia ci ha tratto a far menzione di questa clausula codicillare, la quale in pratica è ritenuta come una specie di talismano, non sarà credo intempestivo di farla conoscere nel suo vero aspetto. Un cumulo di sottigliezze, di cui gli antichi fecero

(352) Auth. ex causa, Cod. de lib. praet.

(353) Confr. all' art. 967. del Cod. Nap.

(354) Oltre gli Autori e le decis. allegate nel fin. del n. preced. veggansi il Clar. §. test. q. 52. Roland. cons. 71. n. 56. lib. 2. Paris, cons. 60. n. 12. lib. 2. Mantica, de conject. ult. vol. lib. 2. tit. 4. n. 16. Bartolo, Brunemm. in d. auth. ex causa, cod. de lib. praeter. Grazian. discept. for. cap. 398. per tot. Covarruvias, in c. Ruynutius, §. 6. n. 3. Barry lib. 10. tit. 10. Riminald. Decis. 230. n. 12. Marco Decis. 320. Ruota, nella Bononiens. consuccessionis, del 4. Luglio, 1834. §. 2. Ruspoli.

(355) Grazian. dict. loc. n. 5. Card. de Luc. de test. disc. 28. n. 3. Ruota, decis. 168. p. 1. tom. 1. rec. et in Romana de Marescottis, 18. Maggio, 1646. cor. Rev. Episc. Terracin. ed altre cit. nella decis. conferm. 332. n. 2. p. 11. rec. decis. 526. n. 3. p. 1. cad. Ruota, in civitatis plebis, immissionis del 14. Giugno 1793. avanti Cesarei.

maggior pompa nelle ultime volontà, fu la sua origine. I codicilli nella prima loro istituzione altro non erano che la volontà di un testatore manifestata in modo meno solenne del testamento. Solevano in essi i defunti commettere a' loro eredi legittimi l' esecuzione o prestazione di qualche lascito, ma però non diventarono obbligatori, se non dopo la regia sanzione di Augusto. Differivano da' testamenti riguardo alle solennità, mentre in questi se ne richiedevano assai più che non in quelli. Del resto, perchè fossero validi, era necessario che il testatore avesse avuto realmente in animo di fare un codicillo; poichè s' egli avesse fatto un codicillo stimando di fare un testamento, il codicillo era di nessuno effetto, mancando l' intenzione dell' agente (356). Questo era un principio derivante solo dalle antiche superstizioni, poichè, secondo il diritto e la ragione naturale, l' errore nella forma della scrittura non include in sè stesso l' errore della disposizione medesima, e, purchè la volontà del defunto si renda manifesta, alla realtà delle cose poco interessa s' egli l' abbia scritta in un modo piuttosto che in un altro. In tempi, in cui più della volontà si tenea conto delle formalità, tutte queste distinzioni avranno calzato a proposito; ma in tempi, in cui tutte le scrupulose formalità degli antichi andarono in disuso; in tempi in cui l' incivilimento de' costumi e il progresso delle scienze insegnarono a far più conto della volontà de' moribondi, che delle antiche sottigliezze, fu veramente una frivolezza l' uniformarvisi. Ritrovate le Pandette, si ritennero in foro tutte le distinzioni ch' erano in uso da circa sette secoli addietro; si fece notabile differenza fra testamento e codicillo, fra volontà solenne e meno solenne, fra erede diretto ed obbliquo, il che dette campo a una sterminata moltitudine di quistioni, le quali, sebbene fornite di somma erudizione e dottrina, sono alla fine de' conti una vera deviazione dell' umano ragionamento. Da sottigliezza nasce sottigliezza, come da particolarità nasce particolarità. Avendo i pratici conosciuto come i codicilli sortissero effetto quantunque privi delle solennità ricercate nelle ultime disposizioni, procurarono di comunicare i loro vantaggi ai diritti del testamento, ed i più esperti notai cominciarono a incastrarvi un codicillo, ossia una clausula codicillare, acciocchè, se per avventura il testamento non fosse stato valido come testamento avesse almeno avuto vigore come un codicillo. Quindi se il testamento, per la mancanza di qualche solennità esterna o per la preterizione o diseredazione di un figlio fosse stato soggetto a nullità, mediante l' effetto di questa magica clausula, sussisteva, sebbene per una

(356) L. non codicillum, 14. Cod. de testam.

volontà diversa da quella che in realtà ebbe il testatore. Nel che, a mio parere, v' ha più metafisica che logica; imperciocchè, ammesso che il testamento, in cui v' è inserito il codicillo o la clausula codicillare, rimanesse valido, non ostante la mancanza di alcune solennità, fu cosa veramente inutile il ritenere la differenza fra volontà solenne e meno solenne, mentre, come in appresso fecero le più colte nazioni, sarebbe stato bastante ritenere quella del genere più semplice, senza correre il rischio di far dire o pensare a' testatori ciò che loro mai non cadde in pensiero. Ed in fatti, considerate le cose nel vero loro aspetto, noi vedremo che questa magica clausula, contiene un circolo veramente inutile, in cui sono più inconvenienti che buoni effetti. In primo luogo, come saviamente osserva il de Luca (357), essendo le nostre leggi in una lingua conosciuta da pochi, pochi sono al caso di poterle conoscere, e, per arrota, questi pochi medesimi sono di rado al caso di poterne immaginare tutte le sottigliezze. Laonde, come tuttogiorno si vede in pratica, per maggior cautela, specialmente dagli indotti e dalle femmine, si suol sempre nell' ordinazione de' testamenti ricercare il consiglio e l' approvazione di un notaio. In questa maniera tutto l' effetto dell' ultima disposizione si viene a rimettere nella sua perizia o imperizia; essendo in sua facoltà di farla comporre a dovere, e di aggiungervi, o no, questa clausula salutare. Quindi, contro l' espressa proibizione delle leggi romane medesime, le ultime volontà dei testatori si veggono per lo più rimesse nell' arbitrio altrui. In secondo luogo, come parimenti osserva l' autore sopra citato, dovendosi per essa restituire la roba all' erede, essa non fa che risolversi in un circolo veramente superfluo. L' effetto di questa clausula, come altrove dicemmo, è che l' erede preterito, o senza cagione diseredato, si sottintende come ab intestato pregato di restituire l' eredità all' erede scritto. Quindi, procedendo per via di metafisica, restano all' erede legittimo le azioni dirette, al testamentario le oblique, a tutti e due il pericolo di una lite abbastanza spendiosa riguardo al possesso che dee pigliare il primo per poscia, detratta la legittima, spogliarsi della roba per darla al secondo. Qual' è in sostanza l' utile di tutto questo giro? Nessuno; avvegnacchè, dovendosi per fidecommisso restituire l' eredità all' erede scritto, questi consegua tutto quello che potea sperare ed ottenere anche in forza di un testamento valido non soggetto ad alcuna mancanza; e daltronde l' erede preterito, detraendo la legittima, consegue tutto quello che avrebbe conseguito se il testamento fosse stato perfetto. Che biso-

(357) Confl. obs. 118.

gna v' era adunque di ricorrere a tante involture, laddove la ragione naturale insegna che avendo il testatore scientemente preterito un figlio, di cui non ignorava l' esistenza, volle che l' eredità toccasse direttamente all' erede da lui chiamato, bastandogli che il figlio avesse quella porzione legittima che, per un verso o per un altro, gli è dovuta in forza delle leggi? perchè sovvertire la volontà del testatore, facendogli creare un ordine di cose, alle quali fu apertamente contrario? Noi lo ripetiamo: l' origine di questa clausula non fu che la sottigliezza, nè di essa sarebbe stato mestieri, se l' ordinazione delle supreme volontà degli uomini non avesse, pel loro effetto, avuto bisogno di tante formalità, così esterne che interne, le quali, perchè non basate sopra alcuna ragione naturale, non potevano tanto facilmente capire nella mente di ognuno. I popoli più civilizzati si fecero beffe di queste superstizioni, e regolando le ultime volontà nel modo più semplice, senza allacciare i sentimenti de' testatori con un cumulo di sottigliezze, abolendo e querela e clausula codicillare, lasciarono a' figli la riduzione, qualora la disposizione testamentaria sopravanzasse la porzione disponibile.

VI. Nel secondo numero di questo paragrafo osservammo che vigente l' antica repubblica e l' antico impero de' romani, non erano che due ordini di successioni; cioè quello degli eredi suoi, e, questi mancando, quello degli agnati. Le leggi avevano in mira la conservazione delle famiglie, e perciò escludevano dall' intestata successione le femmine, non che i maschi discendenti per parte loro. Pubblicata la greca legislazione, Roma, al pari di altre città, non abbracciò le leggi di Giustiniano, continuando a reggersi secondo gli antichi istituti, pe' quali le femmine venivano nelle successioni considerate come estranee. Sopravvenuti i Longobardi in queste provincie, contemporaneamente o poco dopo la compilazione di dette leggi, non solo si uniformarono con le proprie leggi agli antichi costumi del paese da loro conquistato, ma, di più, grandemente le aumentarono, conforme c' insegna la materia de' feudi da essi e da' Germani posteriormente introdotta. Rinvenute, dopo lunghe vicende, le smarrite Pandette, furono dall' uso de' popoli abbracciate. Esse però non ebbero alcuna regia sanzione, e siccome alcuni, specialmente i Germani, si dettero a credere che sulla loro attivazione si pubblicasse un decreto dall' Imperatore Lottario I. (decreto che niuno ha mai veduto (358), così un autore abbastanza giudizioso lasciò scritto che sul sepolcro di questo Imperatore non possono nascere de' gigli, essendo egli stato cagione che il mondo con queste leggi

(358) MURAT. antiq. med. aev. diss. 22.

si riempisse di spine. Del resto, veggendo i popoli come i diritti di successione erano ivi di gran lunga differenti dagli attuali costumi di Italia, misero fuori alcune leggi municipali, volendo eglino in tal modo uniformare la legislazione alle antiche leggi romane e longobarde. Indi quasi tutte le città Italiane fecero su questa materia particolari statuti, i quali, la maggior parte, come quello di Roma, escludevano le femmine in favore dell' agnazione (359). L' odierna legislazione Pontificia, continuando su questi principii, e derogando alle leggi di Costantinopoli, prescrive che le figlie e loro discendenti, qualora esistano fratelli o discendenti maschi ed agnati, siano escluse dalla successione paterna (360). È dunque chiaro che in questo caso l' ascendente non ha obbligo alcuno d' istituirle eredi o nominatamente diseredarle, essendo loro soltanto riserbato il diritto alla congrua dote (361). Non esistendo figli o discendenti maschi ed agnati, e nella successione della madre e dell' ava, sono in pieno vigore le disposizioni del diritto comune (362).

VII. Le leggi vigenti de' principali stati Italiani e della Francia, salvo il caso di subingresso, non escludono dalla intestata successione le femmine in favore de' maschi (363); e tanto le prime, quanto i secondi, succedono indistintamente e in parti uguali. Qualora per disposizione del testatore, dietro le cause dalle moderne leggi prescritte, non venga loro, mediante la diseredazione, lasciata la porzione legittima, all' erede necessario, secondo le leggi Austriache; alla persona diseredata, secondo le leggi Siciliane e Sarde, si debbe assegnare il necessario mantenimento (364). In questi due ultimi Codici, come in quelli de' rimanenti principati Italiani, non si trova alcuna differenza fra padre e madre, fra preterizione e diseredazione, essendo più naturalmente e semplicemente ingiunto agli ascendenti l' obbligo di lasciare a' figli la porzione legittima; questa differenza trovasi nel Codice d' Austria, nulladimeno conforme i principii da noi esposti nel sesto numero di questo paragrafo, il figlio scientemente preterito non ha che il diritto sulla legittima dovutagli in forza della legge (365). Basti per ora aggiungere che la diseredazione per giusta causa è ammessa da tutte le vigenti legislazioni Italiane; proscritta dal Codice Francese (366).

(359) Cap. 145. 146.
(360) Reg. giud. §. 9.
(361) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 6. n. 3. tit. XVIII. di questo libro.
(362) Reg. giud. §. 16. 17. junct. §. 14.
(363) Cod. civ. Austr. art. 732. Cod. Albert. art. 931. Cod. delle D. S. art. 667. Cod. civ. Franc. art. 748.
(364) Cod. Austr. art. 795. Cod. Albert. art. 743. Cod. delle D. S. art. 854.
(365) Cod. Austr. art. 776.
(366) Veggasi su questo rapporto l' eloquente esposizione detta al corpo legislativo dal consigliere di stato Bigot-Préameneau.

TITOLO XIV.

DELLA ISTITUZIONE DEGLI EREDI

SOMMARIO

I. *Diritto antico.*
II. *Osservazioni sulla istituzione degli eredi.*

I. Il testamento, secondo la definizione di Modestino (367), è la giusta sentenza di ciò che uno vuole si faccia dopo la sua morte. Giusta significa solenne, e questo predicato viene aggiunto per far conoscere la differenza che corre fra il testamento e il codicillo. Per la validità di quest' atto solenne sono necessarie alcune formalità tanto interne che esterne; delle ultime fu detto altrove e non giova ripeterle; le prime consistono principalmente nell' istituzione dell' erede, di cui si tratta nel presente titolo. È questa il capo e il fondamento della disposizione testamentaria; e presso gli antichi fu tenuta in tal conto, che ritennero come inutili i legati scritti prima di essa (368). La qual cosa, come osservano i Dottori, sapea troppo dello scrupolo; imperciocchè essendo il testamento un atto continuo non si dovea considerare ciò che il testatore avesse scritto prima o dopo dell' istituzione; mentre, tutto ciò che da lui fosse stato scritto, si dovea ritenere come un atto solo, fatto in un tempo solo (369). Nè ciò bastava: il testamento era ritenuto come una legge privata; epperò facea mestieri che nell' istituzione dell' erede il testatore usasse parole dirette e imperative: le inflesse od oblique inducevano una disposizione diversa. Molti ritengono essere in questo le leggi romane meritevoli di biasimo per aver troppo peccato di superstizione, se pure i costumi di que' tempi così non richiedessero. Certo è che questa sorta di giurisprudenza era molto sottile, e se il testatore non andava più che bene assentito, per le frivolezze della legge, correva il rischio di far dare alla volontà un' interpretazione del tutto opposta alla sua.

II. Costantino abrogò la differenza fra l' istituzione fatta con parole dirette ed inflesse (370); e Giustiniano tolse la scrupolosa distin-

(367) L. 1. hoc. tit.
(368) Ulpian. tit. 24. §. ante, 14. Paol. 3. sent. 6. §. 1.
(369) Vinnio, in §. 34. Inst. de legal.
(370) L. quoniam, 15. Cod. de testam.

zione circa l' ordine della scrittura (371). I notai, stando sempre nel dubbio di commettere qualche errore, dietro la nuova disposizione dell' Imperatore, si lasciarono dimenticare che l' istituzione dell' erede è il capo principale del testamento; e, invece di essa, stesero sempre in principio tutti i legati e le altre disposizioni testamentarie, mettendo l' istituzione in fine quasi per corollario! Ma non ostante questa officiosa pratica de' notai, dopo le costituzioni suddette, poco rileva se i legati sieno premessi o posposti, come poco rileva se l' istituzione sia fatta con parole dirette od inflesse, purchè si possa agevolmente intendere (372). L' istituzione però è di per sè stessa necessaria, e, in caso di mancanza, se non entra in aiuto qualche clausola salutare, la disposizione testamentaria va totalmente a soqquadro, mentre non può essere testamento senza istituzione, come non può essere uomo senza capo. È questo un effetto del mero diritto civile romano, giacchè la ragione naturale insegna abbastanza che l' istituzione non dovrebbe essere affatto necessaria. E in fatti, perchè non si dee riputare valido un testamento, in cui il defunto non abbia scritto che de' legati? In questo caso potrebbero succedere le persone più prossime, secondo l' ordine delle successioni intestate, alle quali sarebbe ingiunto l' obbligo di soddisfare ai lasciti fatti dal testatore; il che venne da' romani medesimi stabilito nei codicilli, i quali anch' essi sono una specie di testamento (373). Perchè, essendo ciascuno padrone di dare il suo, vivendo, con quel titolo che meglio gli pare e piace, ciò non gli debbe esser permesso in punto di morte, mentre tanto gli atti tra' vivi che le ultime disposizioni non sono oggigiorno che espressioni della propria volontà, tutte e due appartenenti al diritto privato? Non basta che la legge abbia provveduto in tutti i casi alle persone, cui per legge è dovuta una porzione de' beni del defunto, senza sovvertire la volontà di lui, perchè meglio gli piacque lasciare il suo a titolo di legato, che a quello d' istituzione? L' istituzione era anticamente ricercata per una ragione che oggi più non sussiste. Vigendo le leggi delle successioni intestate, non si potea per ultima volontà disporre de' propri beni a favore di un altro, se non previo il consenso di un' assemblea. La politica di que' tempi non permetteva che i beni di una famiglia passassero in altra, perciocchè l' acquisto di un' eredità trasferiva in altri un aumento di beni, di nome e di potenza che potea distruggere l' uguaglianza. Era dunque necessario

(371) §. 34. Inst. de legat.
(372) Card. de Luc. de haered. disc. 1. in fin.
(373) L. 16. ff. de jur. codicill.

manifestare al popolo la persona o l' erede, cui questi beni si volevano accrescere, acciocchè il popolo conoscesse e giudicasse, se tale aumento le leggi fondamentali della repubblica sovvertisse. L' uguaglianza è il principio degli stati democratici, e questa si potrebbe facilmente alterare, qualora, per conservarla, le successioni e i testamenti non si regolassero. Imperciocchè se fosse lecito di dare i propri beni a chiunque e come si volesse, la volontà di ogni privato recherebbe la distruzione alle massime del governo. Sopravvenute le leggi delle XII. tavole la maniera di testare ne' comizi andò in disuso. La legge Decemvirale accordava a' padri di famiglia una permissione di testare infinita, la quale, poco per volta, rovinò la politica disposizione sulla divisione de' terreni. Tutto ciò fu opera de' Decemviri, i quali segretamente volgevano in animo il disegno di abbattere lo stato democratico (374). Aboliti i comizi, come altrove fu detto, venne introdotta la maniera di testare *per aes et libram*; questa consisteva in una vendita, nella quale dovea personalmente intervenire lo stesso erede a fare la compera (375). Essendo stato in appresso conosciuto che questa pubblicità recava qualche pericolo al testatore per l' ingordigia dell' erede; o all' erede medesimo per vendetta de' successori legittimi, fu stabilito che, in vece dello stesso erede, intervenisse nell' atto un compratore fiduciario, il quale, morto il testatore, dovesse rivendere i beni all' erede separatamente scritto in certe tavole suggellate. Tanto nell' uno che nell' altro, l' istituzione, o, per meglio dire, l' espressione del nome del compratore, si rendeva assolutamente necessaria; ma la necessità derivava più dall' essenza del contratto di compra e vendita, il quale ricerca l' intervento e il consenso di due parti, che dall' essere il testamento un atto di diritto pubblico. Imperciocchè io sia di avviso che il testamento cessasse di appartenere al diritto pubblico, allorchè furono divulgate le leggi delle XII. tavole, le quali consentivano al padre di famiglia di disporre del suo come più gli fosse paruto e piaciuto. Dopo che pel diritto pretorio e le costituzioni de' principi il testamento rivestì un sembiante fatto a mosaico, risalendo agli antichi principii, si ritenne tuttavolta necessaria l' istituzione dell' erede, con tutto che le antiche ragioni più non sussistessero. Nulladimeno presso tutti que' popoli, tra' quali il diritto romano venne considerato come esempio di ragione, non come legge, questa necessità non venne osservata. E saggiamente, giacchè ridotto il

(374) Montesquieu, esprit. des lois. liv. 27. ch. un.
(375) Teofilo, Ist. lib. 2. tit. 10.

testamento a un modo di trasmettere la proprietà per diritto privato, si dovea sciogliere da tutte quelle superstizioni, delle quali gli antichi, per cause che solo allora vigevano, il circondarono (376).

§. Haeredes, e segg.

SOMMARIO

Teorie sopra i servi a quali persone sieno oggigiorno applicabili.

Il diritto civile romano era pe' soli cittadini romani; i servi riputavansi cose patrimoniali; non essendo essi partecipi di alcun diritto civile, erano parimenti esclusi dalla facoltà di dare e ricevere per testamento. S' eglino venivano istituiti da un terzo, acquistavano l' eredità al proprio padrone, qualora il padrone fosse stato egli stesso capace di ricevere per testamento; e se fossero stati istituiti dal padrone medesimo, si supponeva con l' istituzione essere loro stata data la libertà e si rendevano capaci di essere eredi. Tale disposizione aveva luogo anche rispetto a quelli, su' quali il testatore non avea che la nuda proprietà, mentre questi diventavano liberi, salvo l' idennità dovuta all' usufruttuario. Abolita la servitù, simili disposizioni si resero uno studio la sua parte inutile; atto più a confondere che ad istruire; da lasciarsi agli Accademici non a' forensi; conveniente a un libro di libro di storia, intempestivo in una collezione di leggi.

I teologi, non che parecchi fra' Giuristi, a simiglianza dell' antica servità de' romani, ritrovano una specie di servitù spirituale, ignota alle leggi degli antichi, e più presto introdotta dalle leggi Canoniche o Ecclesiastiche. Essa ha luogo in tutti que' religiosi del clero o gerarchia regolare, che abbiano fatto solenne professione in qualche religione approvata dalla S. Sede Apostolica. Siccome in essi non è volere nè proprietà, così tutto quello che loro si deferisce, tanto per donazione che per ultima volontà, si acquista immediatamente alla religione, o al monastero, salvo a quest' ultimo il diritto di accettare o ricusare (377). È però necessario distinguere i religiosi professi nelle religioni mendicanti incapaci di acquisti e di proprietà, dai professi nelle religioni capaci di possedere e di acquistare. I primi si ritengono come

(376) Vinnio, in §. 12. Inst. hoc. tit. Castill. tract. de usufr. cap. 60. Pothier, des donations testam. ch. 2. sect. 1. Cod. civ. Franc. art. 1002. Cod. delle D. S. art. 929.

(377) Card. de Luc. de alien. disc. 12. n. 3. Cavaler. Decis. 346. n. 1, Buratt, et Adden. Decis. 394. Decis. 639. n. 14. Decis. 756. n. 6.

morti civilmente (378); i secondi, sebbene incapaci del godimento di proprietà, si ritengono, come sopra osservammo, capaci agli acquisti pel monastero (379); e sono loro in certo qual modo applicabili le disposizioni del diritto romano intorno a' servi (380). Nella vicina Toscana la professione religiosa induce la morte civile (381), nulladimeno la legge concede a' religiosi di riservarsi un piccolo assegnamento vitalizio, e di ricevere a questo titolo donazioni o legati, qualora le regole dell' istituto non siano contrarie (382). Consimili presso a poco sono le leggi vigenti negli stati Sardi (383). Negli stati ereditari Tedeschi e nelle provincie spettanti al governo di Milano, la capacità a succedere delle comunità Ecclesiastiche o de' loro membri, è regolata e determinata dalle leggi politiche (384).

§. Haereditas, 5.

SOMMARIO

Osservazioni sulla regola che il testatore non può morire parte testato e parte intestato.

Sebbene la generica divisione dell' eredità sia in dodici once o parti, nulladimeno il testatore non è tenuto a seguire siffatta distinzione e può dividerla in quante parti egli voglia. Epperò se abbia istituito tre eredi ed a ciascuno di essi abbia assegnato due once, si presume aver lui diviso tutto l' asse in sei parti, delle quali n' abbiano a toccare due a ciascuno; s' egli abbia chiamato un erede nella metà, o in una parte determinata dell' asse, si ritiene ch' ei l' abbia chiamato in tutto; e l' erede, come se della metà o della parte determinata non fosse stata fatta alcuna menzione, succede nell' asse intero. Questa regola, secondo la comune sentenza degl' Interpreti, discende da una mera sot-

(378) Merlin. Decis. 456. n. 9. 11.

(379) Sperell. Decis. 2. Buratt. Decis. 461. Concil. Trid. Sess. 25. cap. 3.

(380) Merlin. Decis. 18. n. 15. 16. Vegg. il Card. de Luc. Annot. ad. Concil. Trid. disc. 35.

(381) Legge del 2. Marzo, 1769. art. 15. legge del 18. Agosto 1814. art. 1. Legge del 15. Novembre, 1814. Tit. delle pers. alle quali non è permesso di far. test. art. 2.

(382) Legge del 2. Marzo, 1769.

(383) Cod. civ. Albert. art. 714.

(384) Cod. civ. Austr. art. 539.

tiglìezza delle leggi civili, la quale non permette che alcuno, da' militi in fuori, possa morire parte testato parte intestato. Imperciocchè rappresentando l' erede la persona del defunto, la sua rappresentanza debb' essere uniforme e totale. Dalla medesima regola derivò in gran parte il diritto di accrescimento, sul quale quante sieno le opinioni dei dottori, quante le controversie, quanta la copia degli scritti, quanta la moltitudine delle sottigliezze, il può solo conoscere chi ha speso il suo tempo nel profondare le teoriche del Bartolo e l' interpretazione del Cujacio. Basta leggere poche pagine nel trattato del Belloni, per vedere a colpo d' occhio l' intricato laberinto di questa selva. Certo è che la parte del diritto romano che tratta della testamentifazione, non è la più bella, poichè, come osserva un Autore moderno, i Giureconsulti non poterono in questa togliere i superstiziosi principii del diritto civile che vollero interpretare L' uomo di buon senso, riscontrando per avventura in que' farraginosi volumi il caso proposto da pressocchè tutti gl' Interpreti di un testatore che avendo istituito solo un erede in cosa determinata, abbiagli espressamente proibito il diritto di accrescimento, non potrà a meno di muoversi a riso, nel conoscere quanto da' Giureconsulti siasi disputato e conteso per risolvere la quistione con Paolo ed Affricano, laddove si potea più facilmente decidere a' termini della ragione naturale. E per fermo, se un testatore abbia istituito un erede in cosa certa, senza dargli altro coerede, la semplice retta ragione ci dice aver lui voluto che il rimanente, del quale non ha disposto, ceda in utile degli eredi legittimi; e s' egli abbia espressamente proibito che le parti rimanenti crescano all' erede, questa verisimiglianza acquista senza dubbio forza maggiore. Perchè dunque in vece di porre in non cale la suprema volontà degli uomini, non ritenere una tacita istituzione degli eredi legittimi? (385). Il defunto, facendo testamento, poteva escluderli dalla propria eredità; non avendo testato e però non avendoli esclusi, dimostra chiaro abbastanza di volerli istituire eredi. Quando il testatore non abbia altrimenti disposto, ripugna alla verità, all' equità, alla ragione naturale, il togliere per così fatte superstizioni i beni a quello, cui sono dovuti di legge e di natura, per darli, contro la volontà del testatore, interamente a quello, cui, di sua volontà, non competeva che una certa parte (386). Furono queste sottigliezze proscritte

(385) Fac. L. conficiuntur, 8. §. 1. ff. de jur. Codicill.
(386) Card. de Luc. confl. obs. 80.

nella pratica forense delle più colte nazioni straniere (387), e sono oggigiorno abolite da pressochè tutte le vigenti legislazioni d'Italia (388).

§. Impossibilis, 10.

SOMMARIO

Osservazioni sul presente paragrafo.

La condizione impossibile dal testatore ingiunta all' erede o al legatario non rende inutile la disposizione testamentaria; la condizione impossibile da' contraenti aggiunta alla convenzione rende inutile il contratto (389). Le leggi non recano la ragione di questa differenza, e gl' interpreti si assottigliarono l' ingegno per ritrovarla. Il Vinnio (390), e altri prima di lui, stimarono di aver dato nel segno, allegando che negli atti formati da due o più persone, come ne' contratti, le condizioni impossibili dimostrano che le parti contraenti non ebbero in animo di voler contrarre una vera ed efficace obbligazione; ma solo di celiare, avendo elle fatto dipendere l' effetto del contratto da un avvenimento che sapevano non poter riuscire. Ma siffatta presunzione, secondo loro, non ha luogo negli atti unilaterali, come il testamento e le rimanenti disposizioni di ultima volontà, nelle quali si ricerca il consenso di un solo. Imperciocchè nell' atto che il testatore è preoccupato dal pensiero della morte, non può di certo avere intendimento di dare negli scherzi, ponendo nella sua disposizione una condizione che la distrugge. Io, per me, ritengo che ciò sia l' effetto di una mera sottigliezza, e mi fa specie che i Romani, i quali assoggettarono i testamenti a una moltitudine di nullità per la superstizione delle loro antiche forme, abbiano usato questo riguardo a un testamento, in cui la volontà del testatore è in opposizione a se medesima. Suppongasi che un tale abbia istituito l' erede sotto la condizione *si digito coelum te-*

(387) Grozio, Introd. lib. 2. part. 18. n. 38. Goris. de diff. jur. §. 11. n. 6. Cristin. vol. 1. Decis. 305. n. 18. decis. 312. n. 2. Vinnio, hic. n. 7. et in §. haeres. 9. eod. Gudelin. de jur. noviss. l. 2. c. 5. Autumnus, Censur. in l. Attius, 11. et in l. heredes 63. ff. hoc tit. Groenew. de ll. abrog. hic.

(388) Oltre la legislazione Estense, veggansi il Cod. Austr. art. 554. Cod. Albert. art. 866. Concorda il Codice Francese, il Siciliano ed altri, pe' quali tutto quello, di cui il testatore non ha disposto, appartiene all' erede legittimo.

(389) L. 31. ff. de obl. et act. l. 137. §. 6. ff. de verb. obbl.

(390) Hic. n. 2.

tigerit, si flumen biberit, e simili, delle quali si scontrano gli esempi nel diritto romano. La prima idea che ti corre alla mente è che il testatore sia pazzo; chè altro non può essere chi preoccupato dal pensiero della morte, aggiunge nel suo testamento una condizione di tal fatta: e se tu voglia ritenerlo per saggio, dovrai dire che ponendo egli con animo serio e deliberato una condizione che per natura mai non può avere effetto, abbia avuto intendimento di trastullarsi e morire intestato. Ottimamente osserva il Grozio (391) che nel diritto moderno una simile disposizione dovrebbe riguardarsi come assurda, ridicola; e come tale dovrebbe rimanere senza alcuno effetto, in quella stessa maniera che gli stessi Romani l' avevano ritenuta negli atti di qualunque specie che non fossero di ultima volontà. Uniformandosi a questi principii il Codice di Austria e quello di Prussia, ritengono per inutile il testamento, in cui v' è aggiunta la condizione impossibile sospensiva (392). Presso noi, come negli stati Sardi, nel Parmense, nelle due Sicilie e in Francia, per favorire le ultime volonta, conforme al diritto Giustinianeo la condizione impossibile, si ritiene per non iscritta (393).

(391) Introd. l. 2. p. 18. n. 32.

(392) Cod. Austr. art. 698. Cod. Pruss. tom. 1. n. 158. dell' ediz. dell' ann. IX. così anche il Codice Federico tom. 2. pag. 2. lib. 7. tit. 13. §. 5. n. 1.

(393) Cod. Albert. art. 821. Cod. Parmens. art. 678. Cod. delle D. S. art. 816. Cod. Franc. 900.

TITOLO XV.

DELLA SOSTITUZIONE VOLGARE.

SOMMARIO

I. *Della sostituzione in genere.*
II. *Formalità degli antichi.*
III. *Legislazione straniera.*

I. Se v' ha materia nel diritto romano, la quale, perchè chiarissima, non abbia d' uopo di spiegazione, è senza dubbio quella delle sostituzioni. Il cittadino che vive sotto la protezione delle leggi, non ha mestieri di consultare il giurista, per poterla agevolmente intendere. Una sola parola basta a provare la nostra proposizione: la materia delle sostituzioni viene considerata come la metafisica de' leggisti. In una collezione di leggi fatta per ogni sorta di persone non so che possa desiderarsi di meglio. S' ella è una metafisica pe' leggisti, che sarà mai pe' non leggisti? Non saprei decidere; giacchè, oltre il soprannaturale, non so che altro confine possa esservi in una legislazione. Sostituzione è vocabolo generale, il quale comprende ogni sorta di aggravio ingiunto al primo erede istituito. Essa è di due sorta: diretta ed obbliqua. La prima abbraccia quattro specie cioè la volgare, la pupillare, l' esemplare e la militare: la seconda, che altrimenti chiamasi fidecommissaria, ne abbraccia tre; la sostituzione restitutoria in caso di morte, la conservatoria in caso di alienazione, e la penale in caso di delitto o di altra contravvenzione. Questa sostituzione fidecommissaria, oltre le tre finora mentovate, contiene in se stessa anche le quattro sostituzioni dirette precedenti; il che avviene quando non si potendo le sostituzioni dirette sostenere nella forma, in cui furono fatte, cambiano in fidecommissarie e da dirette diventano obblique. Dopo tante specie di sostituzioni parrà forse al lettore che se ne sia esaurito l' arsenale; nulladimeno egli s' inganna a partito, essendovi ancora la sostituzione compendiosa o breviloqua, e finalmente la reciproca. L' ordine del titolo presente non ci chiama a parlare che della sostituzione diretta, cioè della volgare; delle rimanenti terremo proposito ne' titoli successivi.

II. Presso gli antichi Romani l' eredità andava congiunta a certi sacrifizi, i quali si doveano eseguire dall' erede, e venivano regolati dal diritto de' Pontefici. L' entità di questa cerimonia fece che si considerasse come un disonore il morire senza un erede. Fu indi inventata la

sostituzione: scopo di essa era quello di ritrovare un erede, allorchè il primo avesse ricusato di essere tale. Il progresso della ragione e della religione fece poco per volta sparire le superstiziose cerimonie degli antichi: la sostituzione rimase; ma lo scopo di essa, abolito l'antico, divenne la perpetuazione o conservazione dell'eredità in una famiglia dello stesso nome (394). La sostituzione volgare è l'istituzione di un secondo erede, caso che manchi il primo. Quantunque, secondo l'ordine della scrittura e il senso letterale delle parole, ella si chiami sostituzione, nulladimeno in fatti e nella sostanza è una prima, vera e diretta istituzione, non avendo, oltre il sostituito, alcun altro tratto successivo (395). Siccome i Romani allacciarono di tante formalità l'istituzione dell'erede, era necessario che delle stesse formalità allacciassero la sostituzione volgare, essendo anch'ella un'istituzione; indi posero grave differenza fra le parole dirette ed obblique: la sostituzione al pari dell'istituzione dovea farsi con le prime: le seconde importavano una disposizione fidecommissaria, sostituzione di genere differente. In tal maniera venivasi a considerare più le parole che la mente del testatore. Queste sottigliezze potevano essere comportabili in tempi, in cui le leggi erano scritte in una lingua a tutti comune; in tempi, ne' quali la superstizione reggeva i beni e la vita di ciascun cittadino. Ma dopo che con l'andare del tempo sparvero dal mondo le antiche tenebre, dopo che per legge nuovissima di Giustiniano l'istituzione fu liberata da tutte le scrupulose formalità degli antichi, si dovea per necessaria conseguenza liberare da esse anche la sostituzione, senza correre a ogni piè sospinto il rischio di porre a repentaglio le supreme volontà degli uomini. Nel che però credo abbiano più colpa coloro che primi si fecero a glosare la legislazione romana, che la legislazione medesima (396). La persona ignara della lingua latina, ignara delle leggi, ignara delle antiche superstizioni, conosce anch'ella la giustizia, poichè di essa è maestra la ragione naturale; ma potrà ella conoscere la giustizia che attribuisce il suo a ciascuno, mentre questa dimora in un labirinto, è avvolta nel mistero, favella in logica, risponde in metafisica? Io, per me, tengo per fermo che, consultata la ragione naturale, niuno, se non sia giurista valentissimo, sottilissimo, saprà ritrovare la differenza che corre fra questi tre modi di sostituire: *Primo sia erede; s' egli morrà senza figli, sostituisco Secondo*: *Primo sia erede; s' egli morrà senza*

(394) Montesquieu. Esprit. des lois. liv. 29. ch. 8.
(395) Card. de Luc. de fideicomm. in summ. n. 10.
(396) Veggasi quello che abbiamo detto nel principio del tit. 23. di questo libro.

figli, restituisca l' eredità a Secondo: *Primo sia erede; s' egli morrà senza figli, i beni si devolvano a Secondo*: In tutti questi casi, secondo il senso del discorso più comune, sembra avere il testatore voluto che, morendo Primo senza figli, Secondo diventi erede. Nulladimeno la cosa non è così spedita. Nel primo caso le parole sono dirette, nel secondo obblique, nel terzo comuni. Esse hanno un effetto differente, effetto che il testatore non potea conoscere, senza l' aiuto di un notaio che sapesse di metafisica. Ecco adunque la sostituzione in mano al notaio, il quale, se non è più che esperto, con un vocabolo ambiguo dà luogo a una moltitudine di dubbi, di congbietture e d' interpretazioni, per far dire o pensare al testatore ciò che mai non gli venne in pensiero. Questa è quella specie di sostituzione, la quale chiamasi compendiosa, e che per una certa argomentazione legale contiene in se stessa la volgare, la pupillare, l' esemplare e la fidecommissaria, dipendendo dall' usare questa o quella parola per iscoprire l' occasione di un litigio, e per fare ch' ella sorta effetto in un modo piuttosto che in un altro. Meglio sarebbe che siffatte sottigliezze s' abolissero; poco importando alla realtà delle cose la differenza di una o di altra parola, allorchè la mente del testatore si possa agevolmente spiegare a' termini della ragione naturale. Spesse volte i Tribunali conobbero la verità di questo principio, e lo prescrissero (397). Ma finchè le norme di giudicare *sono avvolte nel pelago di una giurisprudenza che la diversità de' costumi e de' rapporti sociali ha tanto allontanato da' suoi antichi principii; che la varietà de' fonti, ai quali conviene attingerle, rende spesso così malagevole a rintracciare; che in ultimo la moltiplicità delle dispute, il conflitto delle opinioni e delle dottrine, l' immensità dei volumi, nei quali è diffusa e le stesse sottigliezze degli scrittori fa che divenga di un' incerta e fluttueggiante applicazione*; finchè sussisterà la differenza fra il ragionamento legale e il ragionamento comune; finchè le leggi saranno avvolte nel mistero di un idioma spento da più secoli, non ostante le decisioni de' Tribunali, si manterrà sempre viva l' occasione de' cavilli e de' litigi.

III. La sostituzione volgare adunque, propriamente parlando, è quella, per la quale il testatore con parole dirette elegge a sè medesimo un secondo erede, caso che manchi il primo. Questa sorta di sostituzione è sancita da tutte le vigenti istituzioni Italiane (398), nè fu compresa nell' abolizione del Codice Francese (399).

(397) Ruota, Decis. 254. n. 15. 16. cor. Otthobono.

(398) Cod. Albert. art. 873. Cod. Austr. art. 604. Cod. delle D. S. art. 936. Cod. Parmens. art. 665. Cod. Ticin. art. 352.

(399) Cod. Franc. art. 898.

§. Potest autem.

La sostituzione volgare dee farsi nel testamento; imperciocchè essendo essa un' istituzione, al pari dell' istituzione medesima, non può farsi ne' codicilli, Ma sebbene la sostituzione fatta ne' codicilli non vaglia direttamente; nulladimeno, mediante benigna interpretazione, ella si sostiene in forza di fidecommisso, supponendosi in tal caso che gli eredi legittimi sieno pregati di restituire l' eredità al sostituito (400). Dicasi lo stesso se la sostituzione venga fatta in un testamento invalido, nel quale siavi inserita la famosa clausola codicillare (401). È questa, osserva il de Luca, una delle solite formalità senza ragione, la quale, com' egli dice, pute di giudaismo (402). Nel che di buon grado mi rimetto alla sua opinione (403).

§. Si servum, ult.

SOMMARIO

Antinomia fra il presente paragrafo e un responso di Giuliano.

Il sostituito, secondo le regole generali, non può essere ammesso all' eredità insieme all' istituito, mentre la sostituzione ha luogo solamente, quando l' istituzione si rende inutile, per questo che il primo chiamato non abbia voluto o potuto essere erede. Questa è propriamente la regola generale, la quale soffre eccezione nella fattispecie del presente paragrafo. Un testatore istituì erede il servo di un altro, ritenendolo persona libera; e gli sostituì Secondo, persona libera veramente e cittadino romano. Il servo, dietro comando del proprio padrone, accettò l' eredità. Essendo in tale fattispecie incerto se il testatore, conoscendo la vera condizione del servo, l' avrebbe, o nò, istituito erede, Tiberio per equità decise che tanto l' istituito che il sostituito dovessero succedere in parte. Il vocabolo parte, secondo il significato più comune, significa metà (404), e perciò sembra che l' istituito e il so-

(400) L. Scaevola, 76. ff. ad SC. Trebell. l. illud. 13. §. 1. de jur. codicill. l. ult. §. 1. Cod. eod.

(401) Card. de Luc. de fideic. in summ. n. 16.

(402) Confl. obs. 76.

(403) Veggasi quello che abbiamo detto nel n. 5. tit. XIII, di questo libro.

(404) L. 164. §. 1. ff. de verb. signific.

stituito debbano entrambi succedere in parti eguali (405). Tuttavolta la decisione non è così spedita, essendo ad essa apertamente contrario un responso di Giuliano; dal quale sembra risultare che l' erede istituito debba egli in primo luogo prendere la metà, per poscia dividere l' altra col sostituito (406). Giureconsulti per fama chiarissimi, fra' quali il Gotofreddo, l' Alciato e il Cuiacio entrarono in gravissima discussione per conciliare fra loro Giuliano e Giustiniano, sostenendo che in vece delle parole *alter semis*, che si scontrano nel suddetto responso, s' abbia a sostituire il vocabolo *as*. Meritava ch' eglino spendessero tanto di tempo sopra un caso negli odierni costumi tanto remoto! (407).

(405) L. 41. ff. de haered. inst.
(406) L. 40. ff. eod.
(407) Brunnemann. in d. l. 40. in fin.

TITOLO XVI.

DELLA SOSTITUZIONE PUPILLARE.

SOMMARIO

I. *Differenza fra la sostituzione pupillare e volgare.*
II *Osservazioni sugli estremi necessari per la validità della sostituzione pupillare.*
III. *Legislazione straniera.*

I. Nel principio del titolo antecedente osservammo che la sostituzione volgare in fatti e nella sostanza è propriamente un' istituzione. Per ragione più forte è istituzione, piuttosto che sostituzione, anche la pupillare. La volgare può a buon conto chiamarsi sostituzione, essendo ella un' istituzione secondaria, per la quale il testatore, mancando il primo, elegge un altro erede: la pupillare, all' opposto, è una prima istituzione, per la quale il sostituito viene alla successione chiamato direttamente. Nella prima il sostituito succede in secondo grado al testatore; nella seconda succede in primo grado al pupillo. Ammesso che la sostituzione pupillare sia anche ella una vera istituzione, ne viene di conseguenza ch' ella sia soggetta a tutte le formalità dell' istituzione medesima. E però non si può fare ne' codicilli, si dee concepire con parole dirette, e l' uso di un vocabolo, piuttosto che di un altro, da diretta la converte in fidecommissaria. Inconvenienti e superstizioni che oggigiorno si dovrebbero proscrivere, e su' quali non giova intrattenerci, mentre furono da noi accennati nel titolo precedente.

II. Per la validità di questa sostituzione debbono insieme concorrere due requisiti, cioè l' età pupillare e la potestà patria. Le forze intellettuali del pupillo sono imperfette: egli non è capace di un perfetto volere, di un perfetto consenso, e la sua incapacità potrebbe renderlo soggetto alle fraudi de' più astuti. Non potendo egli per difetto morale disporre del suo, era necessario che le leggi ne accordassero la licenza al padre o all' avo, acciocchè, contro il desiderio della famiglia, i beni dell' intestato pupillo non cedessero in utile del più prossimo erede legittimo. Il primo requisito è dunque convenientissimo, a' nostri tempi adattissimo, esistendo tuttavia quelle ragioni che anticamente esistevano. Coteste ragioni non esistono però ugualmente nel secondo requisito. Noi abbiamo altre volte accennato che sotto l' impero delle leggi romane, il figlio, salvo il peculio castrense e quasi castrense,

nulla aveva del proprio, tutto acquistando al padre o all' avo, sotto il cui potere viveva soggetto. Indi ne seguiva che l' avo o il padre, sostituendo al figlio pupillarmente, disponevano in certo qual modo di ciò che loro di pieno diritto apparteneva. Importa poco che la sostituzione pupillare possa talvolta comprendere anche que' beni che per avventura si possono dal pupillo acquistare dopo la morte del padre; mentre, come osserva il de Luca, è raro il caso che il pupillo abbia il peculio castrense o quasi castrense; e d' altronde le leggi si debbono accomodare a que' casi che sogliono accadere più di frequente. La servile, anzi che domestica, subbiezione de' figli, lo spirito del dominio assoluto e l' utilità degli acquisti, erano quelli che rendevano anticamente il patrio potere la norma di quasi tutte le azioni civili. Ma dopo che la subbiezione de' figli cominciò a diventare domestica e non servile; dopo che surrogata l' idea dell' amore e della difesa, quella del dominio fu tolta; dopo che mediante l' introduzione de' peculi avventizi, l' utilità degli acquisti venne in gran parte stremata; il patrio potere rimase come il frammento di un edifizio rovinato, spoglio di quasi tutti gli antichi suoi diritti, e solo onnipossente di nome. E vaglia il vero, dopo la nuovissima legislazione di Giustiniano a che cosa mai si ridusse questo patrio potere? Al diritto di conseguire l'usufrutto ne' beni avventizi; usufrutto di cui tante sono le eccezioni, che quasi distruggono la regola; e alla facoltà di potere legalmente amministrare i beni del figlio. Del rimanente, uguali sono i diritti del padre e della madre; uguali in entrambi sono le ragioni di prossimità e di sangue. Considerata la differenza de' tempi, vedremo che anticamente per ragione di questa potestà patria il padre e l' avo occupavano *jure peculii* i beni del figlio morto intestato, e per legge delle XII. Tavole escludevano dalla successione la madre; per legge nuovissima, all' opposto, la ragione di prossimità e di sangue fra padre e madre è uguale di maniera, che in parti eguali sono entrambi ammessi alla successione del figlio tanto testata che intestata. Per lo stesso diritto di potestà patria, l' avo non solamente escludeva la madre dalla successione, ma eziandio dalla tutela: oggigiorno, all' opposto, la madre medesima non solamente esclude l' avo dalla prima, ma eziandio dalla seconda. Dunque se la madre succede ne' beni del figlio ugualmente al padre; se da essi esclude l' avo; se ha diritto di essere preferita nella tutela; essendo cambiati tempi, leggi e costumi, non so vedere per qual giusta ragione si debba dalla sostituzione pupillare escludere la madre sul fondamento di un nome. E che questa sia una mera formalità si conosce più chiaramente dal confronto della sosti-

tuzione esemplare. Questa sostituzione chiamasi esemplare, perchè fu introdotta ad esempio della pupillare. La grave differenza che passa fra esse è che della prima è fondamento l'amore; della seconda la potestà patria. Quasi la incapacità fisica o morale cambiasse la condizione di figlio medesimo! Per così fatta differenza la madre, esclusa nella pupillare, viene ammessa a poter sostituire nell'esemplare. Ma se il fondamento è diverso, l'effetto è lo stesso; i pazzi, i furiosi, i dementi e i pupilli sono fra loro continuamente assomigliati. L'incapacità è uguale in tutti, e per tutti può egualmente vegliare l'amore materno. Per il che parmi poter conchiudere, che siccome la madre veniva anticamente esclusa dalla sostituzione pupillare solo per l'effetto della antica patria potestà, propria de' Romani; così negli odierni costumi, ne' quali quella patria potestà è caduta in disuso potesse la madre ammettersi a sostituire pupillarmente, in quella stessa maniera che i Romani medesimi l' ammettevano nella sostituzione esemplare; senza ricorrere a tante particolarità, le quali, cessate le ragioni che vi detter luogo, sono oggigiorno inopportune (408).

III. Furono questi principii ricevuti nell' uso forense di parecchie nazioni (409), e sono oggigiorno vigenti presso la maggior parte delle moderne legislazioni italiane. Ridotta la potestà patria, secondo la norma del diritto naturale, a una potestà pupillare, scevra da ogni idea di dominio, qualora la convenienza civile non vi ripugni, viene ugualmente concessa a entrambi i genitori. Secondo il Codice d' Austria, può farsi la sostituzione qualora i figli sieno incapaci di testare: queste semplici parole comprendono tanto la sostituzione pupillare quanto l' esemplare. In modo più chiaro, più semplice, più adattato agli odierni costumi, scorgesi a un tratto abolita la sopraddetta superstiziosa differenza. Siccome l' incapacità dei figli dee occupare tanto l' amore e le premure del padre, quanto quelle della madre, così detta sostituzione può farsi da entrambi i genitori, chiamasi fidecommissaria, e non comprende, se non i beni dal sostituente lasciati a' figli (410). Le disposizioni del Codice Siciliano sono anche più estese. La sostituzione pupillare ed esemplare sono ivi parimenti sconosciute: può nulladimeno sostituirsi a' figli: questa sostituzione chiamasi fidecommissaria, e non solamente viene accordata al

(408) Card. de Luc. confl. obs. 106.

(409) Grosso, Introd. l. 1. part. 6. n. 8. et l. 2. part. 19. in fin. Gudelin. de jur. noviss. l. 1. c. 13. Vinnio, in §. ult. n. 2. hic.

(410) Cod. Austr. art. 609.

padre ed alla madre; ma eziandio agli altri ascendenti e collaterali tanto maschi che femmine, solamente in que' beni, ne' quali il minore sia stato lasciato erede; e cessa allorchè questi sia giunto all' eta di diciotto anni (411). Salvo alcune eccezioni, sono in gran parte uniformi i Codici delle rimanenti legislazioni italiane. Differisce il Codice Sardo, il quale non accorda la licenza di sostituire, se non a quello che ha la potestà patria: la sostituzione però non comprende che la sola porzione de' beni, di cui potea disporre il testatore medesimo, e cessa allorchè i figli siano giunti all' età di anni sedici (412). La sostituzione pupillare nel diritto romano abbraccia tanto i beni del testatore che quelli del pupillo; e perciò secondo la comune opinione, il sostituito, nella pupillare espressa, esclude la madre e tutti gli eredi legittimi. Nelle odierne legislazioni la sostituzione non può farsi che nella porzione disponibile e in quei beni, ne' quali il minore fu lasciato erede. Indi si conosce apertamente quanto esse sieno differenti dal diritto romano.

§. Liberis, 5.

SOMMARIO

Negli odierni costumi la rescissione del testamento per la querela d' inofficioso non rende inutile la sostituzione.

Il testamento pupillare è parte e sequela del testamento paterno, e perciò, reso inutile il testamento del padre, si rende inutile anche la sostituzione. Ma la legge nuovissima di Giustiniano ha stabilito che, rescisso il testamento per la querela d' inofficioso, rimanessero salve tutte le disposizioni in esso contenute, eccettuata l' istituzione dell' erede; indi ne segue, che, al pari di esse, rimane salva anche la sostituzione medesima (413).

(411) Cod. delle D. S. art. 945.

(412) Cod. Albert. art. 874.

(413) Mynsing. hic. in fin. Vinnio, eod. n. 4. Voet, comm. ad Pand. hoc tit. n. 24. Richer, univ. civ. et crim. jur. lib. 2. tit, 14. §. 5829.

§. Extraneo, 9.

SOMMARIO

Osservazioni sul presente paragrafo.

Scrupolosissima è la disposizione di questa legge. La sostituzione pupillare non può farsi che a' pupilli costituiti sotto la potestà del testatore. Quantunque fatta con parole dirette, ella non si regge neppure qual fidecommisso, allorchè sia fatta ad un estraneo o a un figlio pubere o emancipato. Dietro l'autorità di giureconsulti valentissimi non mi astengo dall' affermare esser questa una mera sottigliezza, poichè ammesso che il fondamento di questa sostituzione sia la potestà patria, siffatta potestà dura anche oltre l' età pupillare. Nè io so vedere per qual plausibile ragione il padre, tenuto a sostituire con parole dirette entro i quattordici anni del figlio; dopo i quattordici non possa sostituire al medesimo che con le obblique (414). Secondo il sentimento delle leggi romane, se un padre, istituito erede il figlio pubere o emancipato, gli abbia sostituito un terzo nel caso che sia erede e muoia dopo qualche tempo, la sostituzione è inutile. Forse in pratica questa disposizione potrà avere il suo effetto; ma per sostenerla converrà aver ricorso a tutto l'arsenale delle sostituzioni, alla formalità delle clausole, alle conghietture, ai dubbi, alle interpretazioni, laddove la ragione naturale ci dice che nulla v' ha di più semplice, che questa sostituzione.

(414) L. 7. ff. hoc. tit.

TITOLO XVII.

IN QUALI MODI I TESTAMENTI SI RENDANO INUTILI.

§. Rumpitur.

SOMMARIO

Uso del presente paragrafo.

Il testamento chiamasi rotto, quando si rende invalido, sebbene il testatore rimanga nel medesimo stato. Il che avviene, secondo il tenore di questa legge, quando, fatta l' ultima disposizione, il testatore si elegge un figlio mediante adozione o arrogazione. Ma siccome l' uso delle adozioni o arrogazioni è rarissimo, così rarissime sono oggigiorno in pratica le quistioni sulle successioni degli adottati o arrogati. E perciò questa sorta d' invalidità, come osserva il De Luca, nell' uso del foro può chiamarsi ideale (415).

§. Sed et si quis, 3.

SOMMARIO

I. *Esposizione del testo.*
II. *Osservazioni sulla regola che niuno può morire con due testamenti.*
III. *Diritto Canonico.*
IV. *Legislazione straniera.*

I. Tizio fece testamento, nel quale chiamò Mevio erede universale; poco tempo appresso fece nuovo testamento, nel quale istituì Cajo erede in un fondo determinato. La seconda volontà deroga alla prima; e perciò il primo testamento rimane rotto dal secondo, non ostante che in esso sia chiamato un erede in cosa particolare. La ragione consiste in questo, che niuno, da' militi in fuori, può morire parte testato e parte intestato. Laonde Cajo, come se della cosa particolare non

(415) Card. de Luc. de legittim. in summ. n. 11. et de success. in summ. n. 21. Veggasi quello che abbiamo detto nel principio e nel §. 2. tit. 11. lib. 1. di queste Istituzioni,

fosse stata fatta alcuna menzione, succede nell' asse, ed esclude in tutto l'erede chiamato nel primo testamento (416). E ciò per l'altra ragione che, ammessa la validità del secondo testamento, niuno che non sia militare, può della stessa eredità avere due rappresentanti solidali e morire con due testamenti.

II. La prima ragione venne da noi altrove esaminata (417); ed ora ripetiamo ch' essa deriva da una sottigliezza delle antiche leggi, la quale è apertamente contraria all' espressa volontà del testatore. E in vero, se un tale, fatto un primo testamento, abbia in esso chiamato un erede universale; e poco appresso, fattone un secondo, abbia in questo chiamato un erede in cosa particolare, la ragione naturale ci fa tostamente conoscere che il testatore ha voluto derogare al primo testamento solo riguardo alle cose, di cui ha disposto nel secondo; avvegnacchè s' egli avesse voluto derogarvi in tutto, avrebbe in esso chiamato un erede universale, siccome già fece nel primo. Suppongasi che, fatto il secondo testamento, il testatore abbia ivi espressamente disposto sè volere che vaglia anche il primo. Siccome non possono esservi due eredi solidali, la scrupulosa formalità de' Romani ricorse a un fidecommisso, disponendo che in questo caso l' erede scritto in cosa certa nel secondo testamento, s' intendesse pregato di restituire il rimanente agli eredi scritti nel primo. La volontà tacita, massime quando è evidente come nella nostra fattispecie, ha la stessa forza dell' espressa; tolgasi l' inutile giro del fidecommesso, e la volontà del defunto rimane veramente appagata.

Autori gravissimi, fra' quali il De Luca (418), riprovano parimenti la seconda ragione, chiamandola anch' essa una mera formalità delle leggi civili, forse ragionevole nel tempo in cui fu stabilita, ma poco agli odierni costumi conveniente. Allorchè sotto Augusto e i susseguenti Imperatori, i Giureconsulti profferivano i loro responsi, quasi tutto il mondo si reggeva sotto l' impero di un principe solo, ed era totalmente sotto la sua dipendenza. Se un testatore avesse avuto più e diversi patrimonii, erano questi sotto la giurisdizione del medesimo governo; e, sebbene qua e là spartati, in forza dell' unità della legge, si potevano intellettualmente fingere uniti. Oggigiorno però la vasta mole dell' antico impero è divisa e forma tanti diversi e separati dominii, l' uno dall' altro indipendenti; l' unità della legge più non

(416) L. si quis priore, 29. ff. ad SC. Trebell.
(417) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 5, tit. 14. di questo libro.
(418) Confl. obs. 110.

sussiste, o sussiste ne' limiti de' propri e particolari governi. Tolta l'unità della legge, tolta l'estensione dell'antico impero, non si possono fingere intellettualmente uniti, se non que' beni che sono alla medesima legge soggetti. Suppongasi che un testatore abbia beni nello Stato Pontificio, i quali, come università o patrimonio, sieno indipendenti da quelli che, come università o patrimonio, possiede negli Stati Sardi. Questi due Stati sono fra loro differenti, e non hanno fra loro dipendenza alcuna, in quella stessa maniera che non l'hanno fra loro i beni dal testatore in essi posseduti. Ora, perchè, siccome gli Stati sono separati, la destinazione e la volontà del testatore non potrà di questi due, distinti, diversi e indipendenti patrimonii formare ugualmente due eredità distinte, diverse e indipendenti, ed avere in ciascuna di esse un erede solidale? Così, oltre il De Luca, argomentano altri moltissimi, a' quali, di buon grado, rimetto il lettore.

III. A simiglianza de' militari, la distinzione di più eredità, per disposizione de' Sacri Canoni è ammessa ne' cherici. Questi hanno due eredi e due eredità distinte e diverse: una ecclesiastica e l'altra temporale. La prima ha luogo ne' beni da essi acquistati mediante la Chiesa; la seconda ne' beni provenienti dalla successione de' maggiori e dagli acquisti fatti indipendentemente dal chericato.

IV. Le vigenti legislazioni di Francia, del Belgio, di Austria, degli Stati Sardi, delle Due Sicilie e di altri principati Italiani, derogando in tutto alle superstiziose formalità degli antichi, dispongono che qualora nel secondo testamento non si trovi una espressa deroga del primo, questo rimanga annullato; ma solo riguardo a quelle disposizioni che per avventura si trovassero incompatibili o contrarie alle nuove (419). Il Codice Austriaco più particolarmente stabilisce che, quando nel testamento posteriore venga istituito un erede soltanto in una parte dell'eredità, se il testatore non dia chiaramente a conoscere sè volere che in tutto o in parte vaglia anche il primo, la parte rimanente non spetta all'erede istituito nel primo testamento, ma si devolve agli eredi legittimi (420).

(419) Cod. civ. Franc. art. 1036. Cod. Belg. art. cod. Cod. Austr. art. 713. Cod. Albert. art. 912. Cod. delle D. S. art. 991.

(420) Cod. Austr. d. art. 713.

§. Alio autem, 4.

SOMMARIO

I. *Della servitù della pena. Legislazione Pontificia.*
II. *Legislazione straniera.*

I. Sarebbe inutile il ripetere che cosa sia mutazione di stato, avendo noi di essa parlato a suo luogo. Basta ora accennare che la vera antica servitù della pena non è più in uso, e che però in pratica le disposizioni del diritto Giustinianeo sopra questa materia, sono la parte loro superflue (421). Secondo le leggi romane il condannato a morte naturale incorreva preventivamente nella morte civile, e quindi rimaneva privo della facoltà di poter testare (422); ma nell'attuale mansuetudine di costumi questa disposizione è cessata, e la facoltà di testare è concessa anche ai condannati a morte (423). La morte civile per condanna è nulladimeno conservata in alcuni delitti, e in questo caso il condannato perde la facoltà della testamentificazione. Tale è presso noi il caso della galera perpetua (424). In tutti que' luoghi, in cui è ammessa la confisca de' beni, per necessaria conseguenza il condannato, mancando il soggetto di cui poter disporre, diventa intestabile. Nello Stato Pontificio la confisca de' beni è abolita (425). Ciò non ostante chi abbia tentato alla vita del Sovrano, chi abbia promosso o sostenuto insurrezioni o sedizioni contro il medesimo o il governo, con arruolamento di uomini, raccolta d'armi e munizioni, divulgazioni di stampe o scritti eccitanti la ribellione, oltre essere punito con la morte esemplare, perde nell'atto della condanna ogni diritto sulla porzione disponibile, e per conseguenza la facoltà di potervi testare, rimanendo essa a disposizione del governo per titolo di riparazione de' danni (426).

II. Come altrove osservammo (427), la morte civile in alcuni delitti è ammessa dalla maggior parte delle vigenti legislazioni, tanto

(421) Card. de Luc. Dottor. Volg. de testam. cap. 6. n. 13.
(422) L. 29. ff. de poen.
(423) Veggansi i privilegi dell' Arciconfraternita dei Fiorentini, detta di S. Giovanni decollato di Roma conferm. ed ampl. da Benedetto XIV. ann. 1741.
(424) Reg. giud. art. 57.
(425) Giulian. Istit. di dir. crim. lib. IV. pag. 55.
(426) Reg. pen. art. 83. 84. 85.
(427) Nel. §. 3. tit. 12. lib. 1. di queste Istituzioni

italiane che straniere, e questa importa seco la perdita del diritto di testare (428). Negli Stati ereditari Tedeschi, nelle provincie spettanti al governo di Milano, e negli Stati Sardi la morte civile non è sancita, e perciò l' incapacità di far testamento si riferisce alla perdita de' diritti civili e del godimento di essi (429). In Toscana la pena capitale importa la morte civile (430); In Austria e negli Stati Sardi la privazione de' diritti civili. In questi luoghi il condannato a morte non può disporre, nè ricevere per testamento (431).

§. Ex eo, 7.

SOMMARIO

I. *Se la semplice volontà del testatore manifestata alla presenza di sette testimoni basti a revocare il primo testamento. Opinioni de' Dottori.*

II. *Osservazioni sulle opinioni de' Dottori. Decisioni de' Tribunali.*

III. *Legislazione straniera.*

I. Perchè il secondo testamento possa revocare il primo, è necessario che al pari del primo sia perfetto e solenne. È però certissimo che se il testatore innanzi a tre testimoni abbia dichiarato di volere annullare il suo testamento, questo si rende inutile, qualora la sua dichiarazione sia stata fatta dieci anni dopo il testamento medesimo (432). Disputano pertanto gravemente gl' Interpreti, se la semplice contraria volontà del testatore, manifestata alla presenza di sette testimoni, senza alcun aiuto di tempo, possa operare lo stesso effetto. Tre sono le opinioni de' Dottori. La prima tiene indistintamente la negativa; perocchè il primo testamento non possa revocarsi, se non per un secondo ugualmente perfetto, e tale non è quello in cui manca la base, cioè l' istituzione dell' erede (433). La seconda tiene indistinta-

(428) Legge Tosc. del 15. Nov. 1814. tit. delle persone, alle quali non è permesso far testam. art. 2. Cod. Ticin. art. 321. Cod. Parm. art. 619.

(429) Cod. Austr. art. 574. Cod. Albert. art. 781.

(430) Forti, Ist. civ. lib. 2. cap. 10. sez. 3. §. 8.

(431) Forti, d. luogo. Cod. Austr. art. 574. Cod. Albert. art. 44.

(432) L. 27. Cod. de testam.

(433) Vinnio, hic. Claro, §. testamentum, q. 91. Grassi, §. testamentum, q. 94.

mente l'affermativa; perchè, revocando la prima sua volontà, il testatore dichiara espressamente di voler morire intestato; e, per conseguenza, tacitamente istituisce gli eredi legittimi (434). La terza opina che il primo testamento si revochi, solo quando il testatore abbia espressamente dichiarato di voler morire intestato, perchè in questo caso l'istituzione degli eredi legittimi non ha alcun dubbio (435). Non manca nella nostra biblioteca di giurisprudenza un poderoso cumulo di dottori, i quali abbiano tenuto e seguito l'una e l'altra opinione; come nell'arsenale dell'antico e nuovo diritto non mancano leggi per favorire e distruggere tanto l'una che l'altra.

II. Se in vece delle sterminate opinioni de' Dottori e della moltiplicità de' testi, si voglia considerare la ragione naturale, vedremo che la seconda opinione è la più semplice non che la più conveniente. È assioma di diritto che una cosa si può sciogliere in quello stesso modo, con cui fu fatta: nulla v' ha dunque di più naturale che il revocare la propria volontà mediante volontà contraria. Se un testatore dichiari di voler revocare il suo testamento, non è lo stesso che dica di voler morire intestato? s' egli ama di morire intestato, non è lo stesso che istituisca gli eredi legittimi? Che bisogno v' ha adunque di conculcare la volontà del defunto per tener dietro alle sottigliezze degl' Interpreti? Saggiamente l' opinione più comune e parecchie decisioni de' tribunali stabilirono che quando il testatore dichiari di voler revocare la sua disposizione, nè si scorga in esso l' animo di volerne fare un' altra, non sia mestieri delle solennità necessarie nel testamento, bastando la prova naturale, perfetta e concludente della sua volontà; mentre in questo caso l' istituzione e il testamento è fatto dalla legge medesima (436).

III. Secondo le disposizioni de' vigenti Codici Italiani e stranieri la revoca del primo testamento debb' esser fatta per testamento posteriore o con atto avanti notaio. Senza tante involture, basta semplicemente che il testatore dichiari la mutazione della sua prima volontà (437). Negli Stati Sardi, oltre il notaio, è necessaria la presenza di quattro

(434) Covarruv. in rubr. de testam. part. 2. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 2. tit. 18. §. 6496. et seqq.

(435) Mantic. de conject. ult. vol. 1. lib. 2. tit. 15. n. 18.

(436) Marta, de success. part. 4. quest. 4. art. 1. n. 43. Fontanell. decis. 50. et 51. Card. de Luc. de testam. disc. 88. Rota, decis. 446. apud. Gregor. decis. 652. part. 4. rec. tom. 3.

(437) Cod. Franc. art. 1035. Cod. delle D. S. art. 990.

testimoni (438). Secondo la legislazione Austriaca, per la revoca a voce giudiziale o stragiudiziale è bastante la presenza di tre (439). Per la revoca in iscritto si richiede una dichiarazione scritta e sottoscritta di propria mano del testatore, o sottoscritta da lui e da' testimoni che sono necessari nel testamento scritto (440).

(438) Cod. Albert. art. 909.
(439) Cod. Austr. art. 719.
(440) Cod. Austr. d. art. 719.

TITOLO XVIII.

DEL TESTAMENTO INOFFICIOSO.

§. Quia plerumque.

SOMMARIO

I. *Differenza fra gli antichi e moderni costumi.*
II. *Finzione della demenza del testatore oggigiorno abolita.*
III. *Uso della querela d' inofficioso testamento.*

I. Entrava nelle mire di un popolo avvezzo a conquistare che i capi di famiglia avessero un' autorità assoluta. I padri non solamente esercitavano i diritti di proprietà senza alcuna limitazione; ma per legge delle XII. Tavole erano altresì costituiti gli assoluti legislatori della propria famiglia. Por limiti a questa suprema magistratura sarebbe stato lo stesso che abbattere i principii fondamentali del governo. Ciascun padre avea la libera disposizione delle proprie sostanze, e per frenare gli abusi che da questo illimitato potere talvolta nascevano, le leggi, solo in via di eccezione e contro la regola, riserbavano a' figli una parte de' beni paterni, accordando loro l' azione per conseguire o ripetere ciò che a danno loro fosse stato illegalmente disposto. Aboliti presso quasi tutti i popoli gli effetti dell' antica potestà patria, questi principii soffersero anch' essi mutazione gravissima, e poco per volta cambiarono totalmente aspetto. A simiglianza delle prime leggi romane, le quali, vietando che i beni di una famiglia passassero in un'altra (441), sembravano supporre in regola che i beni dovessero rimanere nella propria discendenza; le leggi de' popoli moderni ritennero che il padre fosse obbligato a trasmettere i propri beni a' posteri, lasciandogli, come in via di eccezione, la libertà di disporre solo di una porzione determinata. Ciò che prima era eccezione divenne regola, e la regola cambiò in eccezione. In questo modo tutte le vigenti legislazioni italiane e straniere derogarono alle antiche massime del diritto romano e Giustinianeo.

II. Siccome la sopraddetta legge decemvirale accordava al padre di famiglia un' assoluta e illimitata licenza di potere del suo dispor-

(441) Veggasi quello che abbiamo detto nel n° 2. tit. XIV. di questo libro,

re a proprio talento; così, contro l'autorità delle medesime leggi, non si poteva impugnare la sua disposizione, qualora non fosse stato pazzo o demente. I padri potevano impunemente preterire o diseredare i propri figli; e i figli, quantunque dall'eredità ingiustamente esclusi, non avevano alcun mezzo per rendere inutile il testamento. Il lume della ragione naturale fece conoscere la durezza di questa legge. I Giureconsulti intesero a deluderla, uguagliando ad un pazzo quel padre che senza un proposito avesse siffattamente negligentato o punito la propria famiglia. La demenza o la pazzia era adunque il mezzo, con cui i diseredati potevano richiamarsi dell' ingiustizia contro loro dal testatore commessa. Era questa una finzione, con che sopperivasi al difetto della legge, la quale non avea per tal conto somministrato azione alcuna. Ma dacchè Giustiniano, mediante sua legge nuovissima, per rescindere il testamento concesse a' preteriti e diseredati la querela d'inofficioso, la necessità e l'uso di questa finzione fu totalmente abolita (442).

III. Nell' odierna nostra pratica l'uso di questa querela è di lievissimo effetto. Imperciocchè volendosi per istile comune de' notai aggiungere ne' testamenti la famosa clausola codicillare, in forza di essa, non ostante la preterizione o diseredazione, il testamento, cambiando di grado, diventa un codicillo, pel quale il preterito o diseredato, prelevata in suo favore la quota legittima, è tenuto per guisa di fidecommisso a restituire l' asse del defunto all' erede scritto (443).

(442) EINECC. in not. ad VINN. §. 4. n. 8. hoc. tit. Inst. RUOTA, in Ferentina Nullitatis, seu inofficiositatis testamenti §. 3. dell' 8. Maggio 1843. BOFONDI.

(443) CARD. DE LUC. in summ. de legittim. n. 11. Dot. Volg. de' testam. lib. 9. cap. 8. n. 3. RICHER. univ. civ. et crim. jur. lib. 2. tit. 19. §. 6688. RUOTA, nella d. Ferentina Nullitatis, seu inofficiositatis testamenti, §. 2. dell' 8. Maggio 1843. BOFONDI. Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. XIII. princ. n. 5. e nel princ. del tit. XXV. di questo libro.

Sed haec, 3.

SOMMARIO

I. *Della legittima de' discendenti. Correzione di questo testo. Osservazioni de' moderni.*
II. *Legislazione Pontificia.*
III. *Legislazione straniera.*
IV. *Della legittima degli ascendenti. Opinioni de' Dottori. Pratica de' Tribunali.*
V. *Legislazione Pontificia.*
VI. *Legislazione straniera.*

I. Secondo l' antica disposizione del diritto romano, da Giustiniano seguita nelle Istituzioni, la parte legittima di quelli, cui per legge è dovuta, si limita al quarto dell' asse del defunto. Giustiniano in appresso, mediante sua legge nuovissima, fece dipendere la quantità della medesima dal numero de' figli, recandola al terzo dell' asse qualora essi fossero quattro o meno di quattro; alla metà, qualora fossero cinque o più di cinque (444). Sebbene sia degno di lode l' aumento fatto da questo greco Imperatore, nulladimeno, secondo la moderna critica, non è ugualmente degna di lode la sua distribuzione. I censori del diritto Giustinianeo vi ritrovano parecchie incoerenze, fra le quali sono precipue. I. Che la parte che dovrebbe essere più grande, quando vi sono meno figli, si trova invece più piccola: se i figli sono quattro la legittima è un dodicesimo; se sono cinque, un decimo. È questo, secondo essi, un rovesciamento dell' ordine naturale che non è giustificato da alcun motivo. II. Che un padre, sopravvivendo il figlio, può disporre di due terzi delle sue sostanze; laddove all' opposto, non può disporre che della metà, se, morto il figlio, abbia di esso cinque nipoti, i quali allora succedono immediatamente ne' beni dell' avo. III. Che nel caso, in cui, invece di uno, premuoiano al padre due figli, lasciando di essi superstiti cinque figliuoli per ciascuno, questi dieci nipoti, succedendo per rappresentazione, non hanno fra loro per legittima che il terzo nell' eredità dell' avo. Donde ne segue l' inconveniente che nel primo caso cinque nipoti dividono fra essi per legittima la metà dell' asse; e nel secondo, dieci di-

(444) Nov. 18. cap. 1.

vidono solamente un terzo. In sostanza parmi che la distribuzione fatta da Giustiniano non in tutte le parti offra un conveniente e giusto sviluppo.

II. Nello Stato Pontificio questa distribuzione è tuttavia osservata (445). Noi non osiamo chiamarla pessima, avuto riguardo a' tempi, in cui fu fatta. Se vogliamo considerare i principii vigenti nell' antico Impero, nel quale l' assoluta autorità de' capi di famiglia dava loro un illimitato arbitrio sulle proprie sostanze anche a danno de' figli, vedremo che non fu lieve cosa, dopo quasi dodici secoli di spazio, in cui la legittima non era che il quarto, ridurla al terzo e alla metà. E in fatti, non fu che alla decadenza di questo grande impero, cioè quando i costumi erano buona parte mutati, che si poterono per la prima volta stabilire differenti principii. Sarei però d' avviso che negli odierni costumi, in cui, dalla decadenza del suddetto impero si dileguarono molti altri secoli, i quali fecero cambiar sembiante a pressocchè tutta la vita civile, si potesse più comodamente seguire l' esempio delle rimanenti legislazioni, che di gran lunga allontanandosi dal diritto Giustinianeo, sono in questa materia di più semplice esecuzione in ogni loro sviluppo, e si trovano sempre in giustissima proporzione nella pertinenza de' legittimari, avuto riguardo al numero e grado loro.

III. In Francia e nel Belgio la porzione legittima de' discendenti, detta altrimenti riserva, è la metà de beni, se il defunto non lascia che un figlio legittimo: due terzi, se ne lascia due: tre quarti, se ne lascia tre o un numero maggiore (446). Negli Stati Sardi è il terzo de' beni, se non lascia che uno o due figli; la metà, se ne lascia un numero maggiore (447), Negli Stati ereditari Tedeschi e nelle provincie spettanti al governo di Milano la porzione legittima dalle leggi assegnata a ciascuno de' figli è la metà di quello che loro sarebbe pervenuto nella succesione intestata (448). Nel Ducato di Parma è il terzo de' beni, quando il testatore lascia un figlio legittimo, naturale o legittimato; la metà, se ne lascia due o tre; due terzi, se ne lascia un numero maggiore. In Toscana la parte legittima consiste in quattro once della libera eredità, se i figli sono quattro o meno; in cin-

(445) Ruota, nella Ferrarien. legittimae, quoad quotam et qualitatem bonorum, 10. Giugno 1893. Resta.

(446) Cod. civ. Franc. art. 913. Cod. Belg. eod.

(447) Arg. art. 719. Cod. Albert.

(448) Cod. civ. Austr. art. 765.

que oncie, se sono cinque; in sei, se sono sei o più di sei (449). Nel regno delle Due Sicilie e nel Cantone del Ticino la riserva legittima è indipendente dal numero de' figli e consiste nella metà dell'asse (450).

IV. L'aumento fatto da Giustiniano, riguardo al terzo, secondo la comune opinione de' Dottori, spetta anche agli ascendenti. Del resto, siccome pel diritto nuovissimo Giustinianeo i fratelli e le sorelle del defunto, qualora esistano, succedono ab intestato insieme agli ascendenti per modo, che fra tutti dividono l' eredità in parti eguali, nacque fra gli antichi Giuristi gravissima controversia, per decidere se la ragione testata dovesse uguagliarsi all' intestata; ossia se morto un figlio, lasciando superstiti ed eredi i fratelli e le sorelle, la legittima del padre o della madre avesse ad essere la terza parte dell' asse, oppure il terzo del terzo. Fu questa una delle quistioni più inviluppate del diritto civile, in cui gl' interpreti con sterminata copia di scritti sparsero sterminata quantità di opinioni, ciascuna delle quali, secondo il solito, ebbe partito, sostenitori e seguaci. Principali autori di essa furono il Bartolo, il Baldo e il Butringario, giureconsulti che fiorirono nel decimo quarto secolo. Poco rileva il dimostrare le ragioni con cui essi sostennero la propria sentenza, oggigiorno che, la Dio mercè, simile controversia sembra sopita. La pratica de' Tribunali accostandosi alla distinzione del Baldo (451), ritenne che, qualora nel testamento fossero istituiti eredi estranei, la legittima del padre o della madre fosse il terzo dell' intero asse; e qualora fossero istituiti eredi quelli, con cui sarebbero succeduti ab intestato, come i fratelli o le sorelle, il terzo del terzo (452).

V. L' odierna legislazione Pontificia, uniformandosi alla suddetta pratica, dispone che in tutti i casi ne' quali è dovuta la legittima ab intestato per disposizione del diritto comune alle avole o agli ascendenti del defunto per lato materno, questa sia il terzo di tutto l' asse, qualora nel testamento siano istituite persone estranee; il terzo del terzo qualora siano istituiti i fratelli o le sorelle del testatore, o i rispettivi figli delle medesime persone. Nel caso che l' eredità sia lasciata in parte ai fratelli e sorelle, ovvero a' loro figli, in par-

(449) Legge del 15. Nov. 1814. tit. della legittima art. 12.

(450) Cod. delle D. S. art. 829. Cod. Ticin. art. 335.

(451) Nell' Auth. Novissima, Cod. de inoffic. test.

(452) Costant. Vot. Decis. 344. Valent, de ultim. vol. vot. 23. dal n. 7. al 19. Ruota, nella Civitatis Plebis immissionis 4. Marzo 1793. §. 45. nella medesima del 14. Giugno 1793. §. 5. Cesarei e nella Ferentina Nullitatis seu inofficiositatis testamenti del 8. Maggio, 1843. §. 5. Borondi.

te ad altre persone la legittima è il terzo del terzo rispetto alle porzioni delle persone nominate in primo luogo, ed il terzo dell' intiero rispetto alle altre (453).

VI. In Francia e nel Belgio la legittima degli ascendenti è la metà de' beni, qualora il defunto lascia superstite uno o più ascendenti in ciascuna linea paterna e materna; e il quarto, se non lascia ascendenti che in una sola linea (454). Nel regno delle Due Sicilie è la metà della quota che sarebbe loro appartenuta ab intestato (455). Negli Stati Sardi, negli Stati ereditari Tedeschi e nelle provincie spettanti al governo di Milano è il terzo dell' asse (456). Nella vicina Toscana è parimenti il terzo, tanto se non esiste alcuno de' collaterali, co' quali consuccederebbero, se il disponente fosse morto intestato; quanto se, esistendo questi collaterali, nessuno di essi sia scritto erede (457). Se uno dei medesimi collaterali o più o tutti sieno scritti eredi, è la terza parte di quella porzione che ad essi competerebbe nella successione intestata, se esistessero que' soli collaterali che sono scritti eredi (458). Se insieme con uno o più o tutti de' predetti collaterali sono scritti eredi uno o più estranei, rapporto all' erede o eredi collaterali è la terza parte di quella porzione che a' medesimi apparterrebbe nella successione intestata, da calcolarsi però sulla quota, per la quale gli stessi collaterali partecipano dell' eredità del defunto; rapporto all' erede o eredi estranei è la terza parte dell' intiera quota dell' eredità che ad essi perviene mediante il testamento (459).

(453) Reg. giud. §. 31.
(454) Cod. civ. Franc. art. 915. Cod. Belg. eod.
(455) Cod. delle D. S. art. 831.
(456) Cod. Albert. art. 722. Cod. Austr. art. 766.
(457) Legge del 15. Nov. tit. della legittima, art. 13.
(458) D. legge art. 14.
(459) D. legge art. 15.

§. Igitur, 6.

SOMMARIO

I. *Correzione dell' antico e nuovo diritto. Necessità del titolo d' istituzione. Osservazioni.*

II. *Pratica de' Tribunali.*

III. *Necessità del titolo d' istituzione abolita dall' odierno regolamento legislativo riguardo alle femmine e loro discendenti nella successione paterna.*

IV. *Legislazione straniera.*

I. Quando vigevano le antiche leggi de' Romani, perchè il testatore del padre fosse immune da qualunque pericolo, bastava che in esso fosse a' discendenti lasciata la porzione legittima sotto qualsivoglia titolo (460). Piacque a Giustiniano di uniformarsi a questo principio, e l' adottò (461). In appresso corresse la sua disposizione medesima, decretando non bastasse che a' figli o discendenti fosse lasciata la porzione dalle leggi prescritta; dovessero in oltre del nome di eredi essere onorati; in caso diverso, come preteriti, il testamento annullassero (462). Nacque adunque siffatta differenza fra l' antico diritto e il nuovissimo, che prima si accordava la querela a' preteriti o diseredati, perchè la preterizione o diseredazione toglieva loro la porzione legittima; poscia perchè non erano onorati del nome ereditario: e perciò competeva ad essi, comecchè per titolo di legato, fidecommisso, o qualunque altro, avessero avuto più di quello che loro sarebbe realmente appartenuto. Migliore è senza dubbio la disposizione delle antiche nostre leggi, alle quali s' accostarono le vigenti legislazioni di quasi tutta Italia. E in vero, quando il padre abbia lasciato al figlio quella porzione di beni che per legge gli appartiene, poco alla realtà delle cose interessa, s' egli l' abbia lasciata piuttosto sotto un titolo che sotto un altro. E siccome non è giusto che il figlio, ommessa la formalità di farne menzione, rimanga privo della sua legittima; così non è giusto che il padre, ommessa la formalità dell' istituzione, rimanga privo della sua porzione disponibile, allorchè con un legato o con lascito di un' altra maniera, abbia dato al figlio ciò che la legge prescri-

(460) L. 8. §. si quis, 6. et §. 8. ff. hoc. tit.
(461) Hic.
(462) Nov. 115. cap. 2.

ve. L'odierna civiltà di tutti i popoli accorda al padre una potestà assoluta sopra una certa parte di beni; e questa disposizione de' moderni costumi intende parimenti a favorire i figli, acciocchè il genitore con tal mezzo possa stabilire un equilibrio fra' medesimi, e conservare a tutti un' uguale sussistenza, supplendo alle inuguaglianze che possono risultare dalle diversità de' beni, dalle malattie, dai maggiori o minori eventi della fortuna. È adunque un inconveniente il dar corso a tante formalità che possono a un tratto distruggere tutte le saggie ripartizioni di un ottimo padre di famiglia. Sono per certo frivole le disquisizioni che fanno i dottori per esaminare se possa sostenersi un testamento, nel quale il defunto lasciò al figlio la legittima in modo assoluto senza esprimere alcun titolo; e più frivola parmi l' opinione di quelli che, stando attaccati alla lettera di una legge da dodici secoli fatta in Costantinopoli, ritengono la negativa (463). Mossi dalle ragioni sopra allegate, contro l' espressa sanzione delle leggi di Giustiniano, la maggior parte de' più valenti Giuristi, con trenta e più citati dal forlivese Merlino (464), ritiene l' affermativa, alla quale fu conforme l' uso forense di parecchie nazioni (465).

II. E vuolsi osservare che in questa formalità del titolo v'ha una manifesta contraddizione della legge medesima; imperciocchè mentre ella ingiunge doversi il figlio onorare del titolo di erede, nulladimeno se questi venga istituito in cosa certa, la legge il ritiene come un semplice legatario, al quale perciò non compete alcun' azione ereditaria; e la Glosa, più che umanamente procedendo, il considera come preterito (466). Si obbietterà che essendo il figlio nominato erede, può talvolta godere del diritto di accrescimento; ma siffatta obbiezione, come pure la necessità del titolo d' istituzione, in pratica sono di poco momento, mentre il padre con una semplice clausula codicillare, la quale, come soventi volte osservammo, si suole aggiungere in tutti i testamenti, esclude il figlio dal diritto di accrescimento, e sostiene la propria volontà, non ostante la mancanza dell' istituzione (467).

(463) Merlin. de legittim. lib. 5. tit. 1. quest. 10. n. 5.

(464) Merlin. de legittim. d. loco.

(465) Grozio, Manud. ad Jurispr. Holland. lib. 2. cap. 18. n. 18. Tesaur. Decis. 58. n. 10. Voet. lib. 5. tit. 2. n. 66. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 2. tit. 22. §. 7255.

(466) Nella Legi quis priores, 29. ad SC. Trebell.

(467) Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. XIII. n. 6. in fin. di questo lib.

III. Secondo l'odierna legislazione Pontificia, le femmine, esistendo i figli od agnati maschi, sono escluse dall' intestata successione paterna; e quindi il padre non ha verun obbligo d' istituirle eredi o nominatamente diseredarle (468). Indi ne segue che, trattandosi di successione paterna, cessi la necessità di onorarle con questo titolo, bastando che sieno state provvedute della congrua dote. Essendo elle considerate come straniere, la preterizione del padre non dà loro il diritto di richiamare come inofficioso il suo testamento (469). Del resto, siccome l' attuale legislazione esclude le femmine solo in favore dell' agnazione, così può revocarsi in dubbio, se, non esistendo maschi o agnati, subbentri l' obbligo d' istituirle; e se preterite, possano, come inofficioso, impugnare il testamento paterno, quantunque al tempo della morte del padre elle si trovino già dotate e collocate in matrimonio. La pratica de' nostri Tribunali ritenne la negativa (470).

IV. Le vigenti legislazioni italiane e straniere, liberando gli atti di ultima volontà da tutte le sottili e perniciosissime formalità degli antichi, trassero i principii di questa materia parte dalle leggi romane, parte dalle leggi di Giustiniano, scegliendo quello che ivi ravvisarono a' moderni costumi più conveniente. Volea l' antico diritto che il figlio avesse la sua porzione legittima, nulla attendendo al titolo, con cui gli veniva lasciata. Nulladimeno, se la legittima non era completa, il figlio, mediante la querela d' inofficioso testamento, poteva annullare la disposizione del testatore (471). Secondo le odierne legislazioni d' Italia, di Francia e del Belgio, nulla parimenti importa sotto qual titolo la legittima sia stata data o lasciata al figlio; tuttavolta, se non è completa, non ha luogo querela alcuna; ma solo la riduzione sino alla concorrenza a simiglianza del diritto Giustinianeo, il quale, caso che il figlio non sia stato istituito nella legittima intera, gli accorda l' azione pel supplemento (472).

(468) Ruota nella Romana inofficiositatis testamenti, immissionis et fructuum, del 13. Marzo, 1843. §. 3. 4. Alberghini, e nella Ferentina nullitatis, seu inofficiositatis testamenti, 8. Maggio 1843. §. 5. Bofondi.

(469) Merlin. de legittim. lib. 5. tit. 2. quest. 4. n. 1. Card. de Luc. Dottor. Volg. de' testam. lib. 9. cap. 8. n. 4. et conflict. obs. 118. Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. XIII. n. 6. in fin. di quest. lib.

(470) Ruota, nella sopraddetta Ferentina nullitatis seu inofficiositatis testamenti §. 5. Veggansi il Merlin. de legittim. lib. 4. tit. 2. quest. 10. n. 12. Buratt. Decis. 921. n. 2.

(471) Vinnio, nel §. Sed haec, in princ. Inst. hoc. tit.

(472) Cod. Austr. art. 774. art. 783. Cod. civ. Franc. art. 926. Cod. Belg. eod. Cod. Albert. art. 733. Cod. delle D. S. art. 843.

TITOLO XIX.

DELLA DIFFERENZA E QUALITÀ DEGLI EREDI

§. Necessarius, 1.

SOMMARIO

Inutilità del presente paragrafo.

Il servo chiamasi erede necessario per questo, che, morto il testatore, egli diventa tale in forza della legge medesima, e rimane obbligato a' creditori ereditari, senza il bisogno dell' adizione. Ciò fu dalle leggi introdotto, acciocchè i beni di quello ch' era di debiti sommamente aggravato, si vendessero più presto sotto il nome del servo, che sotto quello del testatore, mentre anticamente riputavasi come un disonore per la memoria del defunto che i suoi beni si vendessero a istanza de' creditori. Era questo un effetto dell'antica potestà dominicale, la quale essendo stata abolita insieme alla servitù medesima, ha parimenti tolta dall' uso questa sorta di eredi necessari (473).

§. Sui autem, 2.

SOMMARIO

Qualifica di erede necessario nel figlio oggigiorno impropria.

Solo per gli effetti dell' antica patria potestà i figli, o quelli che sono immediatamente sotto il potere del testatore, chiamansi suoi e necessari eredi. La qualifica di suo erede importa nei figli alcuni pesi e privilegi che ora non giova riferire, essendo essi stati accennati nel corso di quest' opera (474). Quella di erede necessario importa, come ne' servi, la necessità di dover ritenere i beni paterni e soddisfare a' creditori ereditarii (475). Ma concessa dal Pretore a' figli la facoltà di potersi astenere dall' eredità paterna, da ne-

(473) Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 2. tit. 23. §. 7353.
(474) Veggasi quello che si è detto nel tit. XIII. e XIV. di questo libro.
(475) Vinnio, hic. n. 4.

cessari ch'erano, divennero in effetto volontari; e questa qualifica rimase in pratica più per denotare quella di suo erede, che quella di necessario (476).

§. Sed nostra, 6.

SOMMARIO

I. *Del beneficio dell' inventario.*
II. *Costituzione di Pio IV.*

I. Secondo le leggi civili, il diritto di deliberare compete solamente agli eredi estranei, non a' neccessari; mentre questi sono eredi ipso jure: nulladimeno per diritto Pretorio compete ad entrambi (477). Giustiniano, veggendo come l' adizione dell' eredità poteva spesse volte recare qualche pregiudizio, al quale il diritto di deliberare non offeriva bastante rimedio, introdusse un beneficio più rilevante, chiamato dell' inventario. Alcuni si avvisarono che, introducendo l' Imperatore questo nuovo beneficio, intendesse ad abolire l' antico; ma la loro sentenza rimane apertamente confutata dal tenore delle leggi medesime, dalla comune opinione de' dottori e dall' uso del foro. Il tempo necessario per l' uno e per l' altro si scontra ne' libri del Digesto e del Codice, ed è nuovamente confermato dalla vigente legislazione (478). Negli odierni costumi però bisogna che l' erede faccia la dichiarazione di accettare l'eredità col suddetto benefizio in persona o per mezzo di un procuratore munito di speciale mandato, nella cancellerla del Tribunale civile (479). Tale dichiarazione non produce effetto, se non quando è preceduta o seguita dall' inventario nella forma ordinata dall'attuale regolamento (480).

II. Una costituzione del Pontefice Pio IV. ristretta alla città di Roma, ordina che l' erede sia tenuto a deliberare, adire l' eredità e fare l' inventario entro due mesi, allorchè questi sia presente in Roma, ov' esistono gli effetti ereditari: se sia lontano, distingue se è assente entro i termini d' Italia, o fuori d' Italia; nel primo caso gli concede quattro mesi di spazio, e sei nel secondo (481).

(476) Vinnio, hic. n. 5. Card. de Luc. Ist. civ. lib. 2. tit. 14. n. 13. Veggasi quello che abbiamo detto nel §. ult. tit. 9. lib. 1. di quest. Istit.
(477) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. anteced. e nel §. 7. tit. 2. lib. 1.
(478) Reg. giud. §. 1542. e segg.
(479) Reg. giud. §. 1547.
(480) Veggasi il §. 1542. e segg.
(481) Constit. cum. inter, 84.

TITOLO XX.

DE' LEGATI

§. Non solum, 4.

SOMMARIO

Del legato della cosa altrui.

Per diritto civile de' Romani è valido il legato della cosa altrui, qualora appaia, che il testatore, facendo il lascito, sapeva che la cosa era d'altrui pertinenza. In questo caso l'erede è tenuto a comperarla, o se non può, dee dare al legatario il prezzo di essa. Il diritto Pontificio riprova apertamente siffatto legato (482); ma tuttavia non deroga alla disposizione del diritto comune (483), e in pratica è ricevuta (484). In Francia, nel Belgio, negli stati ereditari Tedeschi, in Lombardia e nel regno delle due Sicilie, il legato della cosa altrui è nullo, tanto se il testatore ne conosceva, quanto se ne ignorava la condizione (485). Negli Stati Sardi, per la validità di tal legato, è necessario che il testatore esprima nel testamento di sapere che la cosa è di altrui (486).

§. An servo, 32.

SOMMARIO

Inutilità del presente paragrafo.

Propone Giustiniano in questo paragrafo il caso, nel quale il testatore lasci un legato al servo dell'erede; e domanda se il lascito possa valere. La ragione di negare è che il legato, per conseguenza, cede in utile dell'erede medesimo, giacchè il servo nulla

(482) Cap. filius, de testam.

(483) Vinnio, hic. n. 2. Mantic. cap. 9. vol. 10. de conject. ult. vol.

(484) Ruota, nella Ferrariens. legati ususfructus, 30. Gennajo, 1795. Acciaiuoli, e nella Bononiens. Immissionis, 14. Gennajo 1791. Parracciano.

(485) Cod. civ. Franc. art. 1021. Cod. Belg. eod. Cod. Austr. art. 662. Cod. delle D. S. art. 975.

(486) Cod. Albert. art. 814.

ha del proprio, e tutto acquista pel suo padrone (487). Donde ne risulta l' inconveniente che l' erede dovrebbe esigere il legato da sè medesimo, e sarebbe nello stesso tempo creditore e debitore. Questa negativa però ha luogo solo nel legato puro, non nel condizionale; potendo per avventura accadere che, al tempo della condizione, il servo sia uscito della potestà dell' erede. Abolita la servitù, la disposizione del presente paragrafo oggigiorno è di niun uso (488).

§. Ex diverso, 33.

SOMMARIO

Inutilità del presente paragrafo.

Il caso della presente legge è del tutto contrario all' antecedente. Giustiniano decide che quantunque non si possa legare al servo dell' erede, nulladimeno si può legare al padrone del servo erede. Sebbene anche in questo caso siavi di mezzo l' unità della persona, e perciò possa aver luogo l' obbiezione del paragrafo antecedente, tuttavolta la ragione di ritenere la validità del legato è che l' eredità non si può dal servo adire, senza il comando del padrone; e può facilmente accadere che il padrone, prima d' interporre il suo comando, alieni o manometta il servo; ed in tal modo, sciogliendo l' unità che passa fra entrambi, cagioni la validità del legato. Abolita la servitù, si può ritenere che anche la disposizione di questo paragrafo sia la sua parte superflua (489).

(487) L. non minus, 31. de haered. inst.
(488) Veggasi quello che abbiamo detto nel titolo III. lib. 1. di queste Istituzioni.
(489) Veggasi quello che abbiamo detto nel paragrafo antecedente.

§. Poenae quoque, 36.

SOMMARIO

I. *Del legato penale.*
II. *Leggi romane sulle condizioni che impediscono il matrimonio.*
III. *Leggi di Giustiniano.*
IV. *Cristianesimo.*
V. *Diritto Canonico.*
VI. *Pratica de' Tribunali.*
VII. *Legislazione estera.*

I. Vigendo l'antica repubblica e l'antico impero de' romani, tanto nelle eredità che ne' legati era vietato a' testatori di fare de' lasciti in pena dell' erede; e tutto quello che per tal conto da essi fosse stato lasciato, si reputava, qualunque fosse, inutile (490). Parecchie sono le ragioni di questa disposizione; ma la principale è che il legato dee derivare dall' animo di voler beneficare il legatario, non da quello di voler punire l' erede. Ginstiniano però, mediante sua costituzione (491), abrogò le sanzioni dell' antico diritto; e, volendo in questo favorire alle ultime volontà de' testatori, decise che si dovessero aver per validi tutti que' legati che da essi fossero stati fatti con animo di punire l' ommissione, negligenza o trasgressione dell' erede medesimo, semprecchè il fatto o la condizione imposta all' erede nulla avesse di turpe o d' impossibile. Tuttavolta, non ostante questa disposizione di Giustininiano, per equità Canonica la pena può essere rimessa tanto al legatario quanto all' erede, allorchè la condizione non sia stata da essi adempiuta per qualche giusto motivo (492).

II. Il favore che gli antichi romani accordavano al matrimonio, aveva loro fatto considerare come turpe ed illecita la condizione ingiunta sotto pena al legatario o all' erede di non prender moglie; e perciò siffatta condizione, aggiunta all' eredità o al legato, si reputava come non iscritta. La legge Papia, o, come altri vogliono, Miscella,

(490) Ulpian. tit. 24. §. poenae, 17.
(491) L. unic. Cod. de his, quae poen. nom.
(492) Fac. l. 5. §. post. 1. l. pen. ff. de his, quib. ut ind. Mantic. de tac. et amb. conv. lib. 2. tit. 4. n. 96. et lib. 3. tit. 2. n. 3. Covarr. in c. Rainaldus, §. 1. n. 7. de testam. Peregrin. de jur. fisc. l. 3. cap. 18. n. 108. Menoch. de praesumpt. 98. Fusar. de fideicomm. quaest. 582. et seqq.

stanziava che se un testatore avesse fatto un legato, o lasciata un' eredità sotto condizione che l' erede o il legatario non avesse a prender moglie, tanto l' uno che l' altro posposta la condizione, potessero, senza decadere da' lasciti, incontrare novelle nozze; purchè giurassero di congiungersi nuovamente in matrimonio solo pel desiderio di procreare figli legittimi (493). E tanto andava innanzi lo spirito di questa legge, che se il legatario o l' erede avessero lasciato trascorrere un anno di spazio dalla morte del primo coniuge, venivagli ingiunto di osservare la condizione, sotto pena, in caso contrario, di perdere l' eredita o il legato secondo la disposizione del testatore. Del resto, siccome tale condizione poteva essere infranta a ogni piè sospinto, e la sicurezza del suo esito non poteva aver luogo che morto l' erede o il legatario, così venne da un Quinto Muzio inventata una cauzione, per la quale il legatario o l' erede doveano promettere che in caso di contravenzione alla volontà del testatore avrebbero restituito ciò che per suo mezzo era loro pervenuto (494).

III. Giustiniano, abrogando quest' antica legge, la quale ingiungeva la vedovanza, prescrisse che, lasciando dall' un de' lati la cauzione di Muzio e qualunque giuramento, tanto l' uomo che la donna, posposta la condizione, potessero liberamenlè incontrare novelle nozze. Ma com' egli era principe molto volubile, poco appresso cambiò la sua disposizione medesima. Imperciocchè, avvisandosi di dover secondare tutte quelle ultime volontà de' defunti che nulla in se stesse avesseso di turpe o d' illecito, stimò s' avesse ad osservare la condizione di vedovanza ingiunta al coniuge, volendo, in caso di contravenzione, che egli dovesse privarsi del legato o dell' eredità secondo il precetto del testatore (495).

IV. Le leggi che prescrivevano siffatte condizioni erano del tutto coerenti allo spirito di un popolo conquistatore che avea mestieri di cittadini per la grandezza della patria. Quando sul cadere della repubblica, Roma si trovò indebolita dalle guerre civili e dalle continue proscrizioni, Cesare e poscia Augusto per rimediare a questo male a tutto potere intesero a richiamare in vigore quelle antiche leggi che favorivano il matrimonio. Il celibato fu quindi reputato vergognosissimo; e laddove gli ammogliati e i padri di famiglia si vedevano preposti a tutti gli onori e privilegi, i celibi non solamente n' erano e-

(493) Cujac. in l. 3. Cod. de ind. vid. toll.
(494) Gravin. de legib. et senat. §. 56.
(495) Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 2. tit. 12. §. 5549. et seqq.

selusi; ma eziandio puniti. Abbracciato però da' Romani il Cristianesimo, questi principj ebbero a cambiare di aspetto. La continenza è una preziosa virtù del Cristiano, e il celibato è continenza. S. Paolo, dopo Cristo, predicò tutti i vantaggi che per la vita perfetta possono derivare dal celibato, e questo stato a quelli che si potevano contenere, consigliò. Il celibato adunque venne anteposto e fatto più commendevole dello stato coniugale medesimo (496).

V. Cambiati in tal modo tempi, religione e costumi, si può giustamente revocare in dubbio, se le antiche romane leggi, le quali in favore del matrimonio proibivano quelle condizioni che vi si opponevano, siano state dal diritto canonico abolite. Certo è che elevato da Cristo il matrimonio alla dignità di sacramento, fino da' primi tempi la Chiesa ritenne come nulle ed illecite tutte quelle condizioni che ne impedissero la libertà (497), e questa massima della Chiesa venne poscia in tempi più moderni confermata dal Concilio di Trento (498). Dietro tale disposizione del diritto Pontificio, se un testatore avesse ingiunto all' erede o al legatario il celibato o di prender moglie fra' limiti di un determinato genere di persone, sotto pena in caso di contravvenzione, della perdita di tutta o di parte della eredità, simile divieto o comando sarebbe stato invalido e nullo, e per tale fu dalla pratica de' Tribunali chiarito (499). Dovremo adunque dire che il diritto Canonico abbia confermato e seguito le disposizioni dell' antico diritto romano, il quale assolutamente annullava ogni condizione che avesse impedito il matrimonio; o quelle del nuovo diritto Giustinianeo che ritengono per valida ogni condizione di vedovanza imposta al coniuge superstite? No, al fermo; Imperciocchè, come osservammo nel numero antecedente, nell' annullare siffatte condizioni lo spirito delle antiche leggi era quello di favorire la propagazione della specie pe' fini politici dell' impero: ma lo spirito delle leggi Canoniche è quello di favorire la libertà de' matrimoni senz' alcuna ombra d' interesse politico. E perciò, come attestano molti infra' Giuristi e parecchie decisioni de' Tribunali, il diritto Pontificio proibisce la condizione del celibato o della vedovanza solo nel caso che la proibizione scorgasi fatta in odio del ma-

(496) Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. XI. lib. 1. di quest. Ist.

(497) C. gemma, 29. de sponsalib.

(498) Concil. Trid. cap. 9. sect. 24. de reform.

(499) Ruota, nella Colon. sponsalium, sub poena Imperialium. 3. Marzo 1751. §. 3. Molino.

trimonio, o quando ne impedisca la libertà, rimanendo nel resto corretta la disposizione del diritto romano, incorretta quella del diritto Giustinianeo (500). Donde ne segue che se la proibizione sia stata fatta in modo assoluto, negli odierni costumi può ugualmente sostenersi, allorchè essa possa ammettere tale interpretazione che escluda qualunque presunzione di animo male inclinato (501). Ma se la proibizione non sia stata concepita in modo assoluto, e invece il testatore abbia posto una condizione penale, la quale prefiggendo al matrimonio la qualità, il tempo, il luogo o il modo, ne restringa la libertà, questa condizione è nulla, e la nullità non deriva da alcuna disposizione del diritto civile; ma solo dal diritto Canonico e dal Concilio di Trento (502).

VI. Gli antichi interpreti, fra' quali un Oldrado da Ponte, sostennero che non tutte le condizioni penali aggiunte al matrimonio si dovessero ritenere come invalide e nulle. Innanzi tratto la proibizione di matrimonio in qualunque modo ingiunta a' vedovi è valida, e questa massima in foro non ha alcun dubbio (503). Quanto a' nubili, distinsero, se la condizione, sotto la quale e' sono istituiti, contenga veramente una pena o inviti a un lucro. Se la condizione inviti a un lucro, ossia se si opponga solo all' acquisto di un vantaggio e faccia perdere solo il diritto di conseguirlo, la condizione è valida; ma se all' opposto contenga una pena, ossia se tolga un vantaggio già conferito, la condizione è nulla. Questa distinzione venne seguita dalla pratica de' Tribunali (504).

VII. Secondo le leggi vigenti negli Stati ereditari Tedeschi e nelle provincie spettanti al governo di Milano, la condizione, per la quale s' ingiunge all' erede o al legatario di non contrarre matrimonio, anche dopo l' età maggiore, si ritiene per non aggiunta. Questa condizione però si debbe adempiere dal vedovo o dalla vedova che abbia uno o più figli. La condizione che l' erede o il legatario non

(500) Card. de Luc. de testam. disc. 73. et de regalib. disc. 177. n. 30. et confl. obs. 81.

(501) Veggasi il Card. de Luc. ne' luoghi sopra citati, e quello che abbiamo detto nel numero antecedente.

(502) Card. de Luc. de testam. disc. 73. n. 12.

(503) Card. de Luc. de regalib. disc. 177. n. 32.

(504) Richer. decis. 89. Ruota, nella decis. Avenoniens. Immissionis, super bonis Sybillae de Martin. 26. Giugno, 1734. Harrah. e nella Forolivien. Immissionis 6. Maggio, 1784. §. 5. 6. Fantuzzi.

contragga matrimonio con una determinata persona, è valida (505). Negli Stati Sardi la condizione che impedisca le nozze tanto prime, quanto ulteriori, è contraria alla legge. Nulladimeno il legatario di un usofrutto, uso od abitazione, di una pensione o di altra prestazione periodica pel caso o pel tempo di celibato o di vedovanza, non può goderne, salvo pendente il tempo che rimane celibe o vedovo. È valida la condizione di vedovanza appostasi in qualunque disposizione testamentaria di un coniuge a favore dell' altro. Se il coniuge disponente lasci prole superstite, simile condizione si ritiene apposta, quantunque non espressa (506).

(505) Cod. Austr. art. 700.
(506) Cod. Albert. art. 822.

TITOLO XXII.

DELLA LEGGE FALCIDIA

SOMMARIO

I. *Osservazioni sul presente titolo.*
II. *Legislazione straniera.*

I. La legge delle XII. Tavole accordava a' padri di famiglia un' assoluta licenza di poter disporre del loro a proprio piacimento. Accadeva sovente che i testatori, facendo uso di tale licenza, distribuissero il patrimonio in tanti legati, lasciando agli eredi solo i pesi e le molestie. Indi occorreva che, ricusando gli eredi di accettare un patrimonio che loro non recava utile di sorta, le supreme volontà degli uomini rimanevano prive di effetto. L' esito di queste volontà riputavasi di pubblico interesse, e perciò furono sollecite le leggi a invitare gli eredi ad accettare l' eredità mediante un lucro. Venne per tal conto pubblicata la legge Furia, poscia la Voconia, e finalmente la Falcidia. Questa legge, abrogate le due prime, stabiliva che il testatore non potesse impiegare ne' legati più di nove once, e che in in qualunque caso l' erede avesse intera per sè la quarta parte dell' eredità (507). Ciò non pertanto, mentre queste leggi intendevano a por de' modi all' assoluta e illimitata potestà de' testatori; mentre riputavasi di pubblico interesse che invitati gli eredi con un lucro mediante l' adizione sostenessero la volontà del defunto, esce dalla corte di Costantinopoli una legge, la quale dando a' testatori licenza di poter proibire la detrazione della quarta (508), rovescia i fondamenti della Falcidia, e pone le leggi in contraddizione fra loro. E in fatti, se il testatore può proibire la detrazione della quarta, è inutile che la legge gli prescriva di doverla lasciare; e se la legge vuole ch' ei debba lasciarla, è un assurdo che gli permetta di proibirla. Questo, come osserva il Signore di Montesquieu (509), è un farsi giuoco delle leggi. Dopo la costituzione di Giustiniano si può francamente affermare che la legge Falcidia, la quale occupa un titolo ne' Digesti, un altro nel Codice, e il presente nelle Istitu-

(507) Einecc. Antiq. Roman. lib. 2. hoc. tit.
(508) Auth. sed cum testator. Cod. hoc tit.
(509) Esprit. des lois, liv. 29. ch. 16.

zioni, sia del tutto superfluo ed inutile. Imperciocchè, dipendendo dal testatore il favorire o non favorire l'erede, s'egli voglia favorirlo, non ha bisogno di questa legge; e se non voglia favorirlo, gli proibisce di farne uso.

II. Il presente titolo è assolutamente fuor d'uso in tutte le moderne legislazioni d'Italia e straniere. Esso ha qualche convenienza con l'attuale riserva; ma tuttavia differisce in molto. Conviene in quanto la Falcidia e la riserva sono diritti che consistono nel determinare una quota precisa sull'universalità de' beni del defunto: discorda in quanto la detrazione della Falcidia non ha luogo che ne' legati e nelle rimanenti disposizioni di ultima volontà, e la riserva si estende anche sulle donazioni tra' vivi (510).

(510) Lavasseur. Tratt. della porzion. dispon. art. prelim. n. 5.

TITOLO XXIII.

DELLE EREDITÀ FIDECOMMISSARIE E DEL SC. TREBELLIANO.

§. Sciendum, 1.

§. In primis, 2.

SOMMARIO

I. *Della legge Voconia.*
II. *De' fidecommissi presso i Romani.*
III. *Delle odierne fiducie.*
IV. *Delle primogeniture, de' maggioraschi e de' fidecommissi moderni.*
V. *Leggi Francesi.*
VI. *Legislazione Pontificia.*
VII. *Legislazione straniera.*

I. Gli antichi istituti de' Romani non conoscevano successioni testamentarie. La legge sulla divisione de' terreni volea che i beni di una famiglia non passassero in un' altra: la volontà de' privati non potea derogare a quest' ordine senza il permesso di una legge speciale. Questa legge, la quale in effetto non era che un testamento, si facea nelle assemblee popolari, e doveva essere concepita con parole di comando; le obblique erano inutili e non avevano alcuna forza coattiva (511). In processo di tempo si conobbe che per conservare l'uguaglianza, sulla quale basavano gli antichi istituti, era necessario impedire il lusso nelle donne. Fu indi fatta la legge Voconia, in cui proibivasi di lasciarle eredi (512). La disposizione di questa legge non piacque a tutti. Quelli cui essa non talentava, ritrovarono un mezzo per deluderla; istituivano un erede capace di ricevere per testamento, e nello stesso tempo per modo di fiducia il pregavano a restituire l' eredità alla persona incapace. La preghiera era distinta dal comando; quella formava il fidecommisso, questo il testamento. Le continue rivoluzioni di Roma, e specialmente le guerre civili di Silla e di Mario, di Cesare e di Pompeo, dettero alle fiducie il campo di

(511) Veggasi quello che si è detto nel §. 1. n. 1. tit. X. di questo libro.
(512) MONTESQUIEU, Esprit. des lois, liv. 27. ch. un.

prendere maggior piede. Imperciocchè veggendo spesse volte i testatori come fossero soggetti alle proscrizioni quelli che da loro n' erano specialmente amati, per conservar loro la roba e gli averi, istituivano erede una persona capace, ingiungendole l' obbligo di restituire l' eredità alla persona che essi segretamente amavano, e che, per ragioni politiche, non potea conseguirla direttamente. Simile preghiera, secondo le antiche formalità de' Romani, non induceva nel fiduciario l' obbligo di osservare la disposizione del defunto, e perciò vi ebbero parecchi, i quali, posta in non cale la loro promessa, ritennero l' eredità per sè medesimi. Augusto fu il primo che per ovviare a tale inconveniente volle che i fidecommissi avessero vigore, e ingiunse a' Consoli di dovervi interporre la propria autorità.

II. Siccome l' uso di questi fidecommissi mirava semplicemente a deludere la legge Voconia, e dare gli averi a quelli che la medesima chiariva incapaci, essi sortivano effetto tosto che il patrimonio del testatore andava in mano della persona a lui prediletta. Secondo l' opinione degli eruditi, non avevano alcun tratto successivo, e terminavano nella persona del primo chiamato. Giova quindi credere che fosse ignoto agli antichi Romani l' uso di que' fidecommissi eterni e perpetui che ci pervennero dopo la decadenza dell' impero, e tuttavia sussistono negli odierni nostri costumi. Allora il fidecommisso era puro, semplice e spoglio di tutte quelle teoriche ed involture che ne' tempi posteriori furono piuttosto introdotti dalle glose e da' commenti de' primi Interpreti, che dalla vera disposizione delle leggi; e che spesse volte servono più a conculcare che a spiegare la genuina volontà del testatore. Ma di mano in mano che nell' Italia e in altre nazioni cominciarono a prendere piede tutte quelle sterminate distinzioni di fidecommissi universali, particolari, taciti, espressi, anomali, ordinari, misti, trasversali, familiari, ereditari, agnatizi, gentilizi, conservatorj, restitutorj, penali, ec., il vero antico fidecommisso andò quasi in esiglio, rimanendone in pratica solo una scarna ed assurda immagine in quella puerile finzione che ne' testamenti invalidi spesse volte opera la legge mediante il patrocinio della famosa clausola codicillare.

III. Laonde, secondo la testimonianza del nostro De Luca (513), l' antico fidecommisso de' Romani oggigiorno risguarda più presto le odierne istituzioni confidenziali che i Giuristi distinguono col nome di fiducie. V' ha però gran differenza fra l' erede fiduciario e l' erede

(513) Dott. Volg. de' fidecomm. lib. 10. cap. 9. n. 4.

gravato. Imperciocchè questi è veramente erede; e può, finchè non sia giunto il tempo della restituzione, amministrare i beni soggetti al fidecommisso, conseguire i frutti per proprio diritto, eccettuata l' alienazione e l' ipoteca (514); quegli, all' opposto, non è più che un semplice ministro e custode dell' altrui proprietà (515). La fiducia si forma, allorchè il testatore commette ad un terzo, forse suo amico è partecipe de' suoi consigli, di dare l' eredità o parte di essa a un altro, pel quale il testatore non vuole disporre direttamente. Tutto vien fatto in segreto e senza prove. Il tempo, in cui si debbe eseguire la restituzione, il modo con cui debb' esser fatta, la persona cui essa è destinata, tutto vien rimesso nell' arcana coscienza del fiduciario. Se è vero il precetto delle leggi, che niuno debbe invitarsi a misfare, pochi diranno che questa maniera d' istituzione non merita di essere abolita. È questo senza dubbio il mezzo più facile e più spedito per sovvertire la volontà del defunto. Rendere arbitro un uomo di far da padrone nella roba altrui; rimettere l' amministrazione di un patrimonio in mano di chi in molti modi può evitarne il rendiconto; scoprir l' occasione di formare la ricchezza di uno straniero o della sua famiglia a danno di chi può avere un diritto legittimo sopra i beni del defunto; dar campo di soddisfare agli odj privati; favorire le frodi che si possono segretamente commettere fra l' erede fiduciario e un terzo che nulla ha di comune col testatore; questi, per ommetterne tanti altri, sono gl' inconvenienti che risultano da così fatto genere d' istituzione. Le leggi che debbono esser fatte più per l' uomo che pel cittadino; le leggi che debbono fondare nel concreto e non nell' astratto; le leggi che debbono prender norma dall' esteriore e non dall' interno, procedono in questa materia a capo vôlto, considerando più il cittadino che l' uomo; basando sull' astratto non sul concreto; giudicando dall' interno non dall' esterno. Come gli uomini sono di pareri diversi, così l' esecuzione della volontà del defunto dipende dal proprio modo di pensare, e fino dalla più rimota antichità è noto l' esempio di Quinto Sestilio Rufo, il quale, pregato di restituire l' eredità di Quinto Fadio Gallo a Fadia di lui figliuola, la ritenne invece per sè medesimo (516). La legge non dee mai permettere che l' uomo sotto la sua salvaguardia possa impunemente anteporre l' u-

(514) Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 2. tit. 32. §. 9447.

(515) Ruota, nella Romana successionis, 15. Aprile 1796. e nella confermat. 31. Marzo, 1797. Cesarei.

(516) Ciceron. lib. 2. de finib. cap. 58.

tile all' onesto. L' interesse è la prima molla del cuore umano, ed è un procedere alla cieca il credere che la coscienza basti a farlo tacere. Io, per me, ritengo di buon grado tutti gli uomini virtuosi, ma tengo che la legge operi male nel porre la virtù a cimento. Per qual cagione Augusto volle che i fidecommissi fossero obbligatori? perchè la virtù de' fiduciari spesse volte cedeva al confronto di un pingue patrimonio. Che più? si permette al fiduciario di spiegare l' assunta fiducia anche in favore de' suoi più prossimi congiunti, e persino del figlio medesimo (517)! Si può forse, meglio di così, mettere un uomo al punto di venire a partito fra la coscienza e l' interesse? È vero che il padre in questo caso non gode dell' usufrutto, o perchè la legge il vieta, o perchè si presume da lui tacitamente rinunciato (518); ma la grandezza di un figlio, per lo più, ridonda a vantaggio del padre, e, non ostante questa saggia precauzione, il padre può sempre godere di molti compensi per le ricchezze del figlio. Si obbietterà che il giuramento, sotto il quale il fiduciario è tenuto a manifestare la sua fiducia, è bastante per rimuovere qualunque sospetto d' inganno (519), ma fondare sopra la coscienza e sopra il giuramento parmi tutt' uno. Sestilio Rufo avea anch' esso giurato di osservare la volontà del defunto (520), e l' infranse. Rinnovare il caso di Sestilio non è cosa molto malagevole a' giorni nostri, in cui, pur troppo, l'abuso de' giuramenti, da già buon tempo, ne ha fatto perdere il timore (521).

IV. Dall' epoca in cui Augusto dette forza a' fidecommissi, essi, poco per volta, vennero in tale uso, che qualche tempo appresso degenerarono in abuso. Veggendo l' ambizione degli uomini come con questo mezzo avesse il campo di potere imperare sopra i secoli, profittò di tale invenzione; e gl' interpreti, tenendo piede agli usi del tempo, v' applicarono chiose e commenti, desumendone le massime e i principj dall' antico fidecommisso de' Romani. Indi ne avvenne che laddove il fidecommisso nella sua prima origine si limitava a

(517) Ruota, nella Romana fiduciae, 6. Marzo 1843. Borondi.

(518) Ruota, nella Senogallien. ususfructus, del 22. Giugno 1828. §. Isoard. e nella d. Romana fiduciae, §. 6.

(519) Ruota, nell' Anconitan. seu Fanen. fideicommissi Comitissae Franciscae Perretti 28. Marzo 1791. §. 39. Parracciano, nella confermat. 27. Giugno dello stesso anno §. 21. e nella Pisaurens. Immissionis, 17. Giugno, 1805. §. 9 Tassoni.

(520) Cicer. loc. cit.

(521) Card. de Luc. de dot. disc. 72. n. 12. disc. 180. n. 8.

un solo grado, fattavi un' ampliazione progressiva, venne esteso a più gradi di persone e di generazioni. Il che si debbe attribuire al desiderio ch' ebbero i popoli d' imitare le regole de' Longobardi e de' Francesi. I quali, trasportando in Italia feudi, primogeniture e maggioraschi dettero una nuova forma alla rappresentazione delle famiglie. Non è per certo riprovevole che i popoli si uniformassero agli usi del secolo; ma è senza dubbio riprovevole l' officiosa attenzione de' primi interpreti, i quali si fecero a voler regolare queste nuove materie con leggi che nulla v' aveano di comune. Tale fu il fanatismo che risvegliossi alla vista dell' antico diritto! È cosa veramente notabile che laddove i feudi, le primogeniture e i maggioraschi sopravvennero mentre le leggi di Giustiniano giacevano sepolte nell' obblivione, ritrovate che furono, si crearono primogeniture e maggioraschi in forza di fidecommisso, applicandovi le risposte di Papiniano e di Marcello!

V. Io, per me, lascio di buon grado da parte l' esaminare la quistione, spesse volte agitata, se l' uso de' fidecommissi sia degno di biasimo o di lode. Chiunque sia vago di questa materia, può facilmente riscontrarla negli autori che con gran copia di scritti hanno sostenuto o l' una o l' altra opinione. Certo è però che molti di que' medesimi, i quali v' ebbero impiegato l' opera e lo studio loro, come il Fusari e il Pellegrini, l' hanno riprovato. Poco giova allegare che il Fusari e il Pellegrini e tanti altri, i quali furono nella medesima sentenza, mostrarono di non averlo tanto in ispregio per questo appunto, che v' impiegarono l' opera loro. Imperciocchè essi v' impiegassero l' opera loro non perchè stimassero che la materia fosse degna di lode; ma perchè la ritenessero intricata e sottilissima: essi non intesero a farne l' apologia, ma, perchè oscura, a diradarla; mentre, quantunque riprovata, sussisteva. Tuttavolta, non ostante gl'incomodi che la maggior parte de'Dottori ascrive all' uso de' fidecommissi, è pur forza confessare ch'esso contiene anche non piccoli vantaggi, conservando il nome e lo splendore di molti illustri famiglie, le quali, senza questo vincolo, sarebbero forse già spente. Lo stato Pontificio, avendo per tacito consenso adottato il diritto romano, e quasi tutte le teoriche degli antichi Giuristi, ritenne lungo tempo quest' uso, finchè vigendo in esso le leggi de' Francesi non venne abolito (522). Parecchi furono i motivi di tale abolizione, fra' quali precipui 1. Che le sostituzioni fidecommissarie stabiliscono nell' ordine delle successioni un ordine che

(522) Cod. civ. Franc. art. 896.

altera ed attraversa l' andamento del primo. 2. Perchè recano pregiudizio alla circolazione de' beni. 3. Perchè non sono in armonia col sistema di uguaglianza tra' membri della stessa famiglia. E finalmente, 4. perchè derivano una moltitudine di liti e sono spesso dannose a' terzi, facendo supporre in alcuni una solvibilità, la quale spesso ha nulla di effettivo (523). È però degno di osservazione che il Codice di Francia non abolì ogni maniera di sostituzioni; ma solo quelle, in forza delle quali l' erede istituito era incaricato di conservare, vita sua naturale durante; e restituire, dopo la sua morte, i beni a terza persona (524).

VI. Cessato il governo Francese, e ritornate queste provincie nel dominio della S. Sede, furono di bel nuovo aboliti nello Stato Pontificio tutti i vincoli di fidecommisso, di primogenitura e di altre simili sostituzioni (525). Siffatta abolizione però non risguardava, se non que' vincoli di sostituzione ne' beni, che, dietro l' abolizione di Francia, furono alienati e trasferiti ne' terzi possessori per qualsivoglia titolo oneroso, lucrativo o misto; come pure quelli che, dopo la suddetta epoca sino alla pubblicazione del Moto Proprio 6. luglio 1816. si fossero deferiti a qualunque persona per la morte de' gravati, accaduta durante la medesima epoca, a titolo di successione testata o intestata (526). E perciò tutti que' vincoli che dopo le leggi abolitive de' fidecommissi, fino alla pubblicazione del suddetto Moto Proprio, non avevano sofferto alcuna delle mutazioni sopraccennate, continuarono a rimanere in vigore, purchè fossero costituiti sopra immobili complessivamente ascendenti al valore di scudi quindicimila (527). Pel tempo a venire fu ripristinata la creazione de' fidecommissi, primogeniture e maggioraschi in tutto lo Stato (528). Due sono le osservazioni che ci permettiamo di fare sopra queste moderne disposizioni.

La prima è che in forza della legge 6. Termidoro, anno V. i Francesi abolirono qualsivoglia vincolo fidecommissario, vigente sotto qualsivoglia denominazione: le sostanze vincolate divennero quindi libere nella persona dell' attuale possessore, il quale perciò ebbe licenza di poterne tosto disporre a suo piacimento. Rimettere in vigore que'

(523) Duranton, Cors. di diritt. Franc. lib. 3. tit. 2.
(524) Duranton, d. loco n. 83. in fin.
(525) Moto proprio di Pio VII. art. 130. Moto proprio di Leone XII. art. 147.
(526) Moto proprio di Leone XII. art. 148.
(527) Moto proprio di Pio VII. art. 139. Mot. prop. di Leone XII. art. 150.
(528) D. Mot. prop. art. 151. Reg. legislat. e giud. §. 38.

fidecommissi, i beni de' quali, per ipoteche, vendite o donazioni, fossero passati in altre mani, avrebbe a' terzi recato pregiudizio gravissimo. Saggiamente adunque la legge di Pio e di Leone, li chiarirono sciolti ed aboliti, riserbandone la continuazione in quelli che non avessero sofferto mutazione alcuna.

La seconda è che la nuova giurisprudenza Pontificia, rimettendo in vigore l' uso delle sostituzioni fidecommissarie, intese a togliere parte di quegl' inconvenienti che nascevano prima della rivoluzione francese. I fidecommissi, gravando l' istituito del peso di conservare o di restituire, fanno dell' erede piuttosto un amministratore, che un padrone del patrimonio che possiede. I terzi però che il veggono in uno stato di opulenza; e, ignorando il vincolo di cui è gravato, il tengono per assoluto padrone di un patrimonio libero, contraggono con lui volentieri, nè si accorgono di essere stati ingannati, finchè, uscendo il testamento, non conoscano la qualità del suo possesso. Prima della suddetta epoca, in cui le sostituzioni fidecommissarie gravavano quasi tutte le possidenze, parve strano al Soccino che s' avesse ad esentarne la legittima, e perciò fu sollecito a studiare il mezzo con cui si potesse gravare anche questa. Indi derivarono a' terzi danni di sommo rilievo, e i poveri compratori perdevano spesse volte guadagno e capitale (529). Come sopra osservammo, fu questa una delle ragioni, per cui gli autori del Codice Francese abolirono le sostituzioni fidecommissarie. Fatta capace di così gravi inconvenienti, l' odierna giurisprudenza Pontificia prescrisse a' fidecommissi la stessa pubblicità delle ipoteche (530), ingiungendo l' obbligo all' erede gravato, e successivamente a' futuri possessori, di denunziare il vincolo entro due mesi dal giorno dell' aperta successione, qualora sia presente nello stato; e nel termine di sei, qualora sia assente (531). Dietro questa disposizione, rimangono oggigiorno di nessun momento tutte le antiche dispute de' dottori e quelle Decisioni de' Tribunali che si fanno a decidere in quali beni possa costituirsi il fidecommisso (532). Imperciocchè, siccome l' ipoteca non si può costituire, se non sopra gl' immobili, e in quello che tiene luogo d' immobile (533), per conseguen-

(529) Devot. de notissim. in jur. legib. lib. I.
(530) Moto proprio di Leone XII. art. 157. Regol. legislat. art. 49.
(531) Regol. legislat. art. 242. 243.
(532) Card. de Luc. de fideicomm. disc. 130.
(533) Regol. legislat. art. 194.

za il fedecommisso non può crearsi se non in beni della medesima specie (534). In caso diverso la sostituzione fidecommissaria è nulla (535).

VII. Negli stati ereditari Tedeschi e nelle Provincie spettanti al governo di Milano le sostituzioni fidecommissarie, salvo qualche restrizione, sono permesse. In Francia, nel Belgio, negli Stati Sardi, nel regno delle Due Sicilie e nel Ducato di Parma sono vietate. La legislazione del Ticino le permette solo per un grado (536). Nulladimeno tanto nel regno delle Due Sicilie, quanto negli Stati Sardi, sotto alcune condizioni è permessa l' erezione de' maggioraschi (537).

§. Neronis, 4.

§. Sed quia, 5.

§. Ergo si quidem, 6.

§. Sed quia, 7.

SOMMARIO

I. *Della quarta Trebelliana*
II. *Osservazioni sulla medesima.*
III. *Diritto Canonico.*

I. Dopo che Augusto volle che i fidecommissi avessero forza obbligatoria, si viddero tosto eredi moltissimi, i quali sul dubbio che l' adizione recasse loro qualche pericolo, ricusavano il patrimonio del defunto, e così rendevano inutile la sostituzione. In questo modo le supreme volontà degli uomini rimanevano senza effetto. Procurarono le leggi rimediare cotesto inconveniente, e sino da' tempi dell' Imperatore Nerone fu per tal uopo fatto un Senatoconsulto. Venne in esso stanziato che tutte le azioni tanto attive che passive, le quali prima erano inerenti alla qualifica di erede, passassero nella persona di quel-

(534) Regol. legislat. art. 39.
(535) Regol. legislat. art. 45.
(536) Veggansi il Cod. Austr. lib. II. part. I. tit. VI. cap. IV. sez. 2. Cod. civ. Franc. art. 896. Cod. Belg. eod. Cod. Albert. art. 879. 1148. Cod. delle D. S. art. 936. 938. Cod. Parmens. art. 674. Cod. Ticin. 354. 355.
(537) Cod. delle D. S. art. 946. Cod. Albert. art. 879. Vegg. il Reg. Editt. 14. Ott. 1837.

le, cui l'eredità veniva restituita. La disposizione di questo senatoconsulto poneva l'erede al coperto dalle azioni de' creditori ereditari e testamentari, mettendo ogni rischio nella persona del fidecommissario; ma nulladimeno la legge non otteneva ancora il suo intento. Imperciocchè, sebbene pel provvedimento del senatoconsulto l'erede fiduciario fosse esonerato da qualunque responsabilità, tuttavolta niuno senza un vantaggio volea sottomettersi al peso di una restituzione, la quale spesso importava il pericolo di una esatta custodia. Un altro senatoconsulto, dal nome de' Consoli detto Pegasiano, provvide anche a questo. Il perchè, a simiglianza della legge Falcidia, fu stabilito che l'erede, prima di restituire il patrimonio, potesse a suo profitto dall'eredità detrarre la quarta parte. In processo di tempo Giustiniano, ponendo insieme le disposizioni di questi due senatoconsulti, le comprese sotto il nome di un solo. Ciò nondimeno fra l'uno e l'altro rimasero ancora parecchie differenze, le quali, siccome alla presente materia non molto convenienti, di buon grado ommettiamo.

II. Laonde, dopo l'ultima costituzione di Giustiniano, ogni erede gravato ebbe licenza di potere a suo vantaggio detrarre una parte dell'eredità che dovea restituire. Da quell'epoca fino a' giorni nostri questa disposizione venne in pratica religiosamente osservata, quantunque, secondo l'opinione di alcuni, fuor di proposito. E nel vero, fatta distinzione di tempi e di costumi, vedremo che le ragioni, sulle quali anticamente era basata, oggigiorno sono al tutto cessate. Nella prima istituzione de' fidecommissi la volontà del testatore era quella d'istituire erede il fidecommissario: il fiduciario non era che un erede in maschera, il quale dava in proposito il suo nome solo per deludere la legge. Dall'istituzione del testatore egli non aveva altro che pesi: tosto che nel fidecommissario fosse cessato il pericolo della privazione de' beni o qualche altro simile, egli dovea restituire l'eredità anche in sua vita, non rimanendogli del suo servigio altro compenso che quello di aver fatto un favore. Non tutti gli uomini propendono a contentarsi di questa sorta di compensi; e quindi, per invitarli a sostenere la suddetta parte, vollero le leggi che essi ne avessero una certa qual specie di onorario. Oggigiorno però le cose hanno mutato in guisa, che le moderne sono quasi in opposizione alle antiche. Secondo i costumi de' romani, i fidecommissi erano puri; secondo i nostri, sono condizionali; prima si limitavano a un grado; adesso comprendono più gradi e più generazioni. Oggigiorno il testatore non considera l'erede gravato come un amico, cui commetta l'esecuzione della sua ultima volontà, senz'altro vantaggio; ma come un erede, cui

lascia tutto o parte del patrimonio; prescrivendogli la necessità di restituire solo per conservare la propria famiglia. L' erede gravato non presta soltanto il nome, come faceva anticamente, per restituire l' eredità anche in vita; ma la restituzione, ordinariamente, segue dopo la sua morte; e, vivendo, ritiene i beni del defunto di piena ragione e godimento. Se si dovesse procedere per identità di ragione, si avrebbe a dire che oggigiorno il diffalco di questa quarta dovrebbe competere nelle istituzioni confidenziali a quegli eredi, cui fu dal testatore segretamente commessa la propria fiducia; poichè questi, non i gravati, rappresentano oggigiorno le parti degli antichi fiduciari. Nulladimeno la pratica si regola tutto all' opposto, il che da' moderni viene biasimato.

III. Contesero gravemente i Dottori per decidere, se i figli pregati di dover restituire possano insieme alla Trebellianica detrarre anche la legittima. Molti ritennero la negativa (538). Altri l' affermativa (539). Certo è che l' opinione de' primi è più consentanea alle nostre leggi civili (540). Nulladimeno il diritto Pontificio concede tanto l' uno che l' altro diffalco (541), e questa disposizione è vigente nell' uso del foro (542).

(538) Vinnio, Quist. scelt. cap. 29. lib. 2.
(539) Devoti, de notiss. in jur. legib. lib. 2.
(540) Arg. Nov. 1. cap. 1. §. 1.
(541) C. Raynutius, c. Raynaldus, de testam.
(542) Ruota, nella Civitatis Vetulae, legittimae et Trebellianicae, 9. Luglio, 1793. Strasoldo.

TITOLO XXIV.

DELLE SINGOLE COSE LASCIATE PER FIDECOMMISSO.

§. Potest.

Giustiniano volle che i legati e fidecommissi particolari avessero la stessa efficacia, e tolse fra loro tutte le antiche differenze (543). Tuttavolta nel principio di questo titolo egli dice che al legatario si può ingiungere di dover prestare un fidecommisso, non un legato. È opinione di tutti gl' Interpreti che questa differenza sia stata abolita insieme alle altre; e che perciò si possa oggigiorno prescrivere al legatario di dover prestare tanto l' uno che l' altro (544).

§. Libertas, 2.

SOMMARIO

Inutilità del presente paragrafo.

Significa Ginstiniano che, fra le altre cose, si può per fidecommisso lasciare anche la libertà al servo proprio, e a quello dell' erede, del legatario e anche di un estraneo. Appresso espone alcune differenze fra la libertà data per fidecommisso da quella data per legato; conciosiacchè nel primo caso il servo diventi liberto dell' erede, del legatario o del terzo manomissore; nel secondo non sia soggetto a diritto alcuno, mentre non ha altro padrone che il defunto medesimo. Abolita la servitù (545), la disposizione di questo paragrafo è superflua.

(543) L. 2. Cod. comm. de legat.
(544) Vinn. hic. n. 1. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 2. tit. XXIV. §. 8311.
(545) Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. III. lib. I. Istit.

TITOLO XXV.

DE' CODICILLI.

SOMMARIO

I. Che cosa fossero i codicilli nella loro prima istituzione, venne da noi altrove accennato (546). L' uso di essi, che che ne fosse anticamente, in pratica ha luogo in tre diverse maniere. La prima, quando il defunto, fatte alcune disposizioni meno solenni, muore intestato. La seconda, quando il testatore aggiunge, diminuisce o dichiara qualche punto nel suo testamento. La terza, quando per maggior sicurezza del testamento medesimo, vi appone la famosa clausola codicillare. La prima specie presso noi è rarissima: abolita quasi presso tutte le vigenti legislazioni la differenza fra volontà testata e intestata, è ivi totalmente sconosciuta. La seconda è frequente, e in alcuni luoghi, come nell' Austria, in Lombardia e nella Toscana, tuttavia sussiste. La terza è la più frequente di tutte; e perciò, lasciate da parte le due rimanenti, ci faremo a parlare solo di questa, siccome quella che in pratica ha effetti mirabilissimi, e senza dubbio degni di essere chiamati ad esame più particolarmente di quello che altrove ci venne fatto.

II. Adottata per opera de' notai l' onnipossente clausola codicillare, si può a buon conto sostenere che il testamento, *per ogni buon fine ed effetto*, sia nello stesso tempo codicillo. L' uso di questa clausola distrugge buona parte di quelle rigorose disposizioni di legge che risguardano le solennità tanto interne che esterne, delle ultime disposizioni umane. E in fatti,

Quanto alle solennità esterne, la giusta ordinazione de' testamenti ricerca il numero di sette testimoni idonei, maggiori di età, cittadini romani, di sesso virile, specialmente rogati e l' unità di conte-

(546) Veggasi quello che abbiamo detto nel n. 5. tit. XIII. di questo libro.

sto. Mancando uno di questi requisiti, il testamento è nullo. Tuttavolta, se nel testamento sia intervenuto un numero di testimoni minori di quello prescritto dalla legge; se tra essi sia stata una donna o un minore di età; la volontà del defunto, non ostante tali ommissioni, sorte il suo effetto, qualora in essa sia stata inserita la clausula codicillare (547).

Rispetto alle solennità interne, il testamento è nullo, se in esso sia stata scientemente preterita una di quelle persone, cui per legge è dovuta la porzione legittima. La clausula codicillare, aggiunta nel testamento, fa valere l' ultima volontà del defunto, non ostante il difetto della preterizione (548).

Il testamento è parimenti nullo, se la porzione legittima non sia stata lasciata con l' onorevole titolo d' istituzione. La clausola codicillare, perorando pel testamento, ne rende valida la disposizione, non ostante tale mancanza (549). È parere di molti che tanto in questo caso, quanto nell' antecedente, la clausula codicillare non abbia la sua solita efficacia, allorchè nel testamento sieno state istituite persone estranee, nella qual sentenza inclinò talvolta anche la pratica del foro (550). Nulladimeno è pure opinione di molti che la clausola codicillare abbia il suo effetto, anche quando il testamento sia fatto a favore degli estranei, e recentissimi esempi fanno conoscere che questa massima prevalse anche nella pratica de' Tribunali (551).

Base del testamento è l' istituzione dell' erede; mancando questa base per necessità il testamento è nullo. La clausola codicillare, supplendo a questa ommissione, regge la volontà del defunto, e fa che ella sorta effetto (552).

In tutti i sopraddetti casi il testamento, scapitando dalla sua dignità, diventa un codicillo: l' eredità si devolve all' erede legittimo, il quale per fidecommisso s' intende pregato di restituire i beni all'e-

(547) L. ult. §. ult. Cod. hoc tit.

(548) Ruota, nella Ferentina nullitatis, seu inofficiositatis testamenti, 8. Maggio 1843. §. 2. Bofondi.

(549) Merlin. de legittim. lib. 5. tit. 2. quaest. 4. n. 1.

(550) Ruota, Decis. 367. n. 5. p. 2. rec. Decis. 237. §. 2. et seqq. Malvasia, et in nullius, seu Salvatoris majoris, immissionis super non resolutis 25. Apr. 1797. §. 7. Cesarei.

(551) Ruota, in Ariminens. legati, 29. Giugno. 27. Marzo. 20. Dicembre, 1597. Litta e 28. Novembre 1063. Penia, e nella Romana, seu Januens legittimae, 20. Febbrajo, 1688. Ursino, Decis. 671. Durozzetto; Ruota nella d. Ferentina, nullitatis, seu inofficiositatis testamenti 8. Maggio, 1843. §. 4. ed altre ivi citate.

(552) Richer, univ. civ. et crim. jur. lib. 2. tit. 32. §. 10 589.

rede scritto (553). Il vincolo di cotesta restituzione non importa però un fidecommisso condizionale, ma virtuale e puro, a simiglianza di quelli che anticamente si usavano presso i romani (554), indotto solo da una finzione della legge; e quindi non è soggetto a quelle nullità che vennero pronunciate in favore della libertà de' beni (555). L'erede gravato non ha in suo vantaggio la detrazione delle due quarte; legittima e trebellianica; ma solo la prima, poichè la seconda non ha luogo che ne' fidecommissi condizionali (556).

Siccome in virtù di questa clausola erede diretto diventa il legittimo, così il possesso dell'eredità spetta al medesimo, per poscia analogamente alla finzione della legge, detratta la debita quota, rassegnarlo all'erede scritto. Nulladimeno, se l'erede scritto trovasi già nel possesso de' beni ereditari, non v'ha mestieri di questo circolo; egli può ritenersi il possesso, rilasciando all'erede legittimo l'immissione solo per la sua parte (557).

La clausula codicillare si suole apporre in ogni testamento; nulla importa, se v'ha poca o niuna probabilità che il testatore ne conoscesse la forza. La legge che in questa materia procede a furia di finzioni, suppone ch'egli n'abbia dato in genere mandato al notaio (558). Alcuni Interpreti, per togliere al notaio questa responsabilità, stimarono che la clausola codicillare s'avesse a presumere aggiunta in tutti i testamenti; altri tennero il contrario. Sembra però comunemente ammesso ch'ella debba supporsi tacitamente aggiunta in ogni testamento privilegiato (559).

(553) Ruota, nella Narniens. nullitatis testamenti §. 10. 11. 16. Giugno 1815. Serlupi; e nella d. Ferentina, nullitatis, seu inofficiositatis testamenti 8. Maggio, 1843. §. 2. Bofondi.

(554) Veggasi quello che abbiamo detto nel n. 2. tit. 23. di questo libro.

(555) Ruota, nella d. Ferentina, nullitatis seu inofficiositatis testamenti, 8. Maggio 1843. §. 7. Bofondi.

(556) Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 2. tit. 32. §. 10606. Topon. elem. jur. civ. hic. Ruota, nella civitatis Plebis, immissionis, 4. Marzo, 1793. §. 3. Cesarei e nella d. Ferentina nullitatis, seu inofficiositatis testamenti, 8. Maggio 1843. §. 2. §. 7. Bofondi.

(557) Decis. 303. n. 14. p. 14. Decis. 44. n. 7. p. 16. rec. decis. 96. n. 15. Lancetta, Decis. 671. Dunozzetto. Ruota, nella d. Ferentina nullitatis seu inofficiositatis testamenti, 8. Maggio 1843. Bofondi.

(558) Ruota, nella Romana de Marescottis, 25. Giugno 1658 Sacrato; nella Ravennat. Testamenti, Decis. 231. n. 6. Herrera, e nella d. Ferentina nullitatis seu inofficiositatis testamenti 8. Maggio 1843. §. 6. Bofondi.

(559) Richer. univ. civ. et. crim. jur. lib. 2. tit. 32. §. 10585.

III. Conosciuti in tal modo i portentosi effetti di questa clausula, noi non possiamo a meno di ammirare la sagacità di que' nostri antichi giuristi che seppero così bene applicarla ne' testamenti. Certo è che quando i notai si porranno a descrivere le ultime disposizioni de' testatori, non potranno a meno di stare all' erta per aggiungervi questo onnipossente codicillo, il quale si rende mallevadore di tutti quegli errori che per avventura potrebbero aver commessi. É veramente strano che avendo egli tanto di forza, debba essere collocato a' piedi de' testamenti a guisa di uno schiavo. Egli dovrebbe occupare il posto migliore e in vece si trova sempre nell' infimo. Vuolsi confessare che in questo la pratica è molto ingiusta. I medici e gli avvocati godono sempre di una certa qual preferenza co' loro clienti; ma che cos' altro è mai la clausula codicillare se non il medico e l' avvocato del testamento?

IV. Prima di discorrere, se l' uso di questa clausula meriti di essere tanto levato a cielo, non credo intempestivo di esaminare particolarmente, se la volontà del testatore in tutti i casi sopra memorati possa realmente sostenersi di per sè stessa, senza ricorrere a questo appiglio. Imperciocchè, sebbene non si debba recedere da quello che per legge è stabilito, nulladimeno il conoscere la ragionevolezza o l' irragionevolezza delle cose è pure di qualche rilievo; mentre, come attesta il De Luca, siffatte cognizioni possono spesse volte servire di guida nel regolare l' animo e la coscienza de' giudici ne' casi dubbi od incerti.

In primo luogo parmi una frivolezza il ritenere oggigiorno la differenza fra volontà solenni e meno solenni. Il testatore può ne' codicilli formare tanti legati, che assorbano quasi tutta l' eredità; può gravare l' erede di un fidecommisso, il quale abbracci tutto il patrimonio; può proibire la detrazione delle due quarte Falcidia e Trebellianica; in sostanza consegue lo stesso effetto di un testamento solenne: è dunque inutile che nel testamento siano necessarie tante formalità, e che il codicillo ne debba essere gran parte esente.

Quanto alle solennità interne, supponghiamo che il testatore abbia fatto testamento, e che in esso manchi l' istituzione dell' erede. Se v' ha la clausula codicillare, la legge ritiene una tacita istituzione degli eredi legittimi, a' quali per conseguenza viene ingiunto di dover prestare i legati, fidecommissi e tutte le rimanenti disposizioni. Nulladimeno, se manca la clausula codicillare, la volontà del testatore non è manifesta meno. E in fatti, mentre egli non ha disposto che de' legati, mentre non ha eletto altri eredi, dimostra chiaramente di volere eredi i legittimi, a' quali la legge medesima accorda la riduzione, qualora i lasciti sopravanzino la porzione disponibile.

Supponghiamo ugualmente che il testatore abbia con saputa preterito una persona, cui per legge è dovuta la parte legittima. Se v' ha la clausula codicillare, la legge presume che egli le abbia lasciato la sua quota. Siffatta presunzione però non ha d' uopo della clausula suddetta. E per fermo, mentre un testatore scientemente preterisce un padre o un figlio, dimostra chiaro abbastanza di non volergli lasciare, se non quella porzione che per legge gli è dovuta; porzione, della quale non può privarlo, se non per giuste cause. Provata la scienza della preterizione, la tacita istituzione nella legittima viene per conseguenza, poichè s' egli avesse avuto in animo di toglierla, ne avrebbe accennato la causa, e l' avrebbe espresso.

Supponghiamo finalmente che il testatore abbia lasciato al figlio la legittima, ovvero un pingue legato, senza esprimere il titolo dell' istituzione. Per l' intervento della clausula codicillare la sua disposizione si regge, ritenendosi che il defunto abbia voluto morire intestato, lasciando al figlio la sua parte, e pregandolo di restituire il rimanente. Questa presunzione però può aver luogo, anche senza la clausula codicillare; imperciocchè la verità delle cose è che il testatore volle che il figlio avesse la sua quota, lasciando il resto, di cui potea disporre, a chi più gli parve e piacque.

V. Da tutte queste osservazioni risultano quattro conseguenze. 1. La legge, adottato l' uso della clausula codicillare, si mette in contraddizione con sè medesima: 2. accorda un' ingiusta preferenza a un formolario meramente notarile, piuttosto che alla vera volontà del testatore: 3. abbraccia una moltitudine di finzioni e pospone la verità: 4. fonda nelle parole, e negligenta le cose.

E in fatti,

1. Mentre la legge con somma severità richiede essere necessario un certo numero di testimoni, l' unità di contesto, l' istituzione dell' erede, la menzione di tutte le persone legittimarie, il rilascio della legittima con titolo onorevole ec.; mentre fulmina di nullità tutti que' testamenti che di una sola di queste solennità sia manchevole, si rende di per sè stessa illusoria, somministrando il mezzo con cui deludere tutte le sue sanzioni. Era adunque inutile ch' ella ricercasse tanti requisiti, quando una semplice e breve clausula bastava per fare a meno di tutti. É questa una vera contraddizione non giustificata da alcun plausibile motivo.

2. Le leggi mille volte inculcano il saggio precetto che l' esito delle supreme volontà degli uomini concerne il pubblico interesse; e perciò viene ammessa nei testamenti quella favorevole interpretazione

che spesse volte è negata a' contratti. Non ostante questo saggio principio, la legge pone in non cale la suprema volontà del defunto; e per sostenerla, quantunque d'altronde chiarissima, fa ricorso all'appoggio di una miserabile clausula, la quale pertanto regge la disposizione del testatore in forza di una volontà contraria a quella ch' egli realmente aveva.

3. La legge debb' essere basata sul reale, non sull' ideale: con l' uso della clausola codicillare ella fonda totalmente sull' ideale, nulla sul reale. La verità di questa proposizione appare da tutto quello che abbiamo detto nel numero antecedente. Ciascuno sa che la legge riserva una quota di beni a' di lui più prossimi congiunti: s' egli non fece di essi menzione, se nulla ebbe loro lasciato, la legge può coll' evidenza supporre ch' egli abbia lasciato ciò che per legge è loro dovuto. Questa presunzione sarebbe reale, perchè basata sopra quella cognizione che verisimilmente ha qualunque persona. Nondimeno la legge presume ch' egli abbia voluto morire intestato, pregando gli eredi legittimi di voler restituire il patrimonio agli eredi scritti. In primo luogo questa finzione è contraria al fatto del defunto, il quale, facendo testamento, mostrò apertamente di voler morire testato: in secondo luogo è contraria alla natura delle cose, poicchè essendo la clausula codicillare un formolario meramente notarile, non è presumibile che il testatore ne conoscesse la forza. La legge medesima, entrando in questa massima, spesse volte ritenne che il testatore ne avesse in genere dato mandato al notaio. Ma anche simile finzione è la sua parte frivola. Impercioocchè prescindendo che non si può realmente commettere, se non quello, di cui si ha cognizione, ne risulta l' inconveniente che l' esito della suprema volontà del defunto viene del tutto rimesso alla perizia o imperizia del notaio. E d' altronde veggasi quante involture, quante occasioni di litigio, laddove in effetto tutte queste finzioni co' termini della ragione naturale, si riducano a nulla.

4. La verità dell' ultima proposizione non parmi meno evidente delle altre. Posto che per istile comune de' notai la clausula codicillare si suole apporre in ogni testamento; posto che la volontà del defunto (sebbene per mezzo a tante finzioni) sorta lo stesso effetto, la differenza fra testamento e codicillo si riduce a un vero giuoco di parole.

VI. Il testamento è un atto che suol farsi da ogni maniera di persone: l' accerchiarlo di tante solennità gli è lo stesso che aprire il campo a una moltitudine di nullità, le quali possono di leggieri distruggere le disposizioni più inviolabili degli uomini; gli è lo stesso

che obbligare i testatori a scoprire i propri sentimenti a un terzo, il quale ha tutto l' arbitrio di poterli poscia dirigere a suo talento. Tutte le vigenti legislazioni d' Italia e straniere conobbero la necessità di una riforma sopra questa materia, la quale è per sè stessa di tanto rilievo. In Francia, nel Belgio, nel Regno delle Due Sicilie, negli Stati Sardi, e nella repubblica Ticinese l' istituzione dell' erede non è punto necessaria, chiamandosi testamento anche quello in cui non sono che semplici legati universali o particolari (560). Negli stati ereditari Tedeschi, nelle provincie spettanti al governo di Milano e nella Toscana non può sussistere testamento senza istituzione d' erede (561). Nulladimeno la clausola codicillare è fuor d' uso. In Toscana è vietata espressamente. I testatori o notai non possono con essa sostenere indirettamente l' istituzione dell' erede; e, qualora si legga apposta nel testamento, si ritiene come non scritta, e non opera alcun effetto (562). Nulladimeno, se il testatore abbia espressamente dichiarato che qualora il suo testamento non vaglia per qualunque causa in quanto all' istituzione dell' erede, vuole che vaglia quanto a' legati e alle altre disposizioni, in tal caso la volontà del testatore è eseguibile, purchè nel testamento sieno intervenute tutte quelle solennità che sono richieste per la validità del codicillo. Questa disposizione è giustissima; poichè, ammesso che i legati possano farsi ne' codicilli (563), la clausola codicillare non può sostenere che i legati: ammesso che la legge voglia ne' testamenti l' istituzione dell' erede, è un assurdo che somministri il mezzo per rendere inutile la sua disposizione.

In Francia, nel Belgio, negli Stati Sardi e nel regno delle Due Sicilie poco importa se il testatore nulla abbia lasciato alla persona, cui per legge è dovuta una porzione del suo patrimonio. In questo caso il preterito può dimandare la riduzione fino alla concorrenza (564). Negli Stati ereditari Tedeschi, nelle provincie spettanti al Governo di Milano, e ne' Ducati di Parma, Piacenza e Guastalla per legge espressa la preterizione fatta scientemente non rende nullo il testamento. Il figlio preterito non ha diritto che sulla porzione legittima (565).

(560) Cod. civ. Franc. art. 1002. 1004. Cod. Belg. cod. Cod. delle D. S. art. 928. 930. Cod. Albert. art. 803. 806. Cod. Ticin. art. 309.

(561) Cod. Austr. art. 553. Legge Toscana del 15. Nov. 1814. tit. 12.

(562) Detta legge del 15. Nov. 1814. tit. 15. art. 15.

(563) Detta legge, art. 12.

(564) Cod. civ. Franc. art. 920. 923. Cod. Belg. cod. Cod. Albert. art. 730. Cod. delle D. S. art. 840. 842.

(565) Cod. Austr. art. 776. Cod. Parmens. art. 631.

Se la preterizione fu fatta, perchè il testatore ignorava l' esistenza della persona, cui per legge è dovuta la legittima, secondo il Codice di Parma, il testamento è nullo (566); secondo il Codice di Austria, è valido; e il figlio preterito non ha diritto di domandare che una porzione di eredità uguale a quella che pervenne all' erede necessario, meno beneficato. Se fu istituito l' unico erede necessario ancora esistente, o se tutti gli eredi necessari ancora esistenti sono stati chiamati in parti uguali, il preterito può chiedere una porzione uguale alla loro (567). Il testamento è nullo, quando per l' errore sopra accennato la preterizione ha luogo nell' unico figlio necessario. In questo caso però si debbono soddisfare i legati destinati pe' pubblici istituti e in rimunerazione di servigi prestati, o per cause pie, non eccedenti la quarta parte dell' eredità (568). Secondo il Codice Ticinese, senza alcuna distinzione di scienza o d' ignoranza, all' erede necessario preterito, in concorso di altri eredi necessari, è dovuta una parte ereditaria uguale a quella del meno beneficato, sempre che abbia almeno l' intiera sua legittima; in concorso di eredi estranei, gli è dovuta la legittima; e, di più, una quarta parte dell' intiera eredità.

Secondo tutte le moderne legislazioni sopra mentovate poco importa a qual titolo la legittima sia stata data o lasciata. Vigendo nella Toscana in gran parte il diritto comune, le moderne leggi hanno stimato opportuno di abolire la necessità dell' istituzione. Donde tutto ciò che sia stato lasciato per qualsivoglia titolo al legittimario in qualunque atto di ultima volontà, si considera lasciato a titolo di legittima, e non ha luogo in favore del medesimo, che l' azione pel supplemento (569). Questa legge è ragionevole; poichè dovendo la legge esser fatta per le cose, non per le parole, è un assurdo privare il testatore della sua porzione disponibile, quando in effetto ha soddisfatto il legittimario.

(566) Cod. Parmens. d. art. 651.
(567) Cod. Austr. art. 777.
(568) Cod. Austr. art. 778.
(569) Legge Toscana del 15. Nov. 1814. tit. 16. art. 36.

DELLE LEGGI ROMANE

ABROGATE, INUSITATE E CORRETTE

SECONDO L' ORDINE DELLE ISTITUZIONI IMPERIALI

LIBRO III.

TITOLO I.

DELLE SUCCESSIONI CHE SI DEFERISCONO AB INTESTATO

SOMMARIO

I. *Origine delle successioni intestate.*
II. *Dell' esclusione delle femmine sotto la repubblica.*
III. *Quinto Voconio.*
IV. *Dell' esclusione delle femmine sotto l' Impero.*
V. *Leggi di Giustiniano.*
VI. *Guerra Gotica.*
VII. *Effetti della medesima.*
VIII. *Calata de' Longobardi.*
IX. *Leggi di Rotari. Dominio de' Franchi.*
X. *Dell' esclusione delle femmine sotto la giurisprudenza statutaria.*
XI. *Rivoluzione di Francia. Giurisprudenza moderna.*
XII. *Conchiusione.*

I. Le prime società che comparvero sulla terra, furono le domestiche. Come prima gli uomini presero a cercare la congiunzione di femmine da loro amate, e di esse n' ebbero figliuoli, l' amore, la continua comunione e l' identità del sangue concorsero a formare una mano di persone nell' umana specie separatamente distinte. Queste si appellarono famiglie. La necessità di dare alimento alla domestica loro società, strinse i capi a impiegare i propri sudori per coltivare i

terreni: questi, poco per volta, vennero tolti al dominio comune (1). La virtù, la forza e talvolta l' usurpazione concorsero a formare gli agi, le ricchezze e i patrimoni. Certo è che mentre i capi, vivendo, erano essi i padroni di poter disporre del loro a proprio piacimento, sembrava che, non mostrando alcuna volontà in contrario, amassero che dopo la morte le possidenze loro fossero godute da quelli, co' quali ne' più stretti legami sempre convissero (2). Indi ebbe origine la regola delle successioni intestate (3). Ma tosto che gli uomini, uscendo delle loro società meramente naturali, formarono tra essi le società politiche, fu mestieri che, come le altre azioni, assoggettassero alle leggi anche le regole di successione. Comparvero allora i nomi di porzione legittima, di quota, di testamento ed altri simili, i quali sono un mero parto del diritto civile. Da quel tempo innanzi niuna materia occupò tanto i legislatori quanto quella delle successioni; imperciocchè niuna, più di essa, toccasse tanto d' appresso lo spirito, i costumi e la politica delle nazioni. Ciascuna repubblica o governo regolò questa materia con modi particolari; e di mano in mano che cambiarono i costumi e la politica, di mano in mano v' ebbero nella giurisprudenza notabilissime riforme.

II. Le successioni sono di due specie: testate ed intestate. Vigendo l' antica repubblica de' Romani non si conoscevano che due ordini di eredi: quello de' suoi e quello de' più prossimi agnati. Nelle intestate eredità del defunto le femmine erano considerate come straniere. Lo spirito di queste leggi si uniformava alla politica di uno stato democratico, la cui conservazione dipende in gran parte dall' impedire che le donne non possano valersi del lusso, delle ricchezze, nè della speranza di conseguirle, per alterare l' uguaglianza. D' altronde, siccome era legge che i beni di una famiglia non passassero in altra, era mestieri privare le femmine dell' eredità; altrimenti i matrimonii avrebbero spesse volte distrutto le massime del governo (4). É vero che la legge delle XII. Tavole, chiamando alla successione i suoi eredi, non poneva alcuna differenza fra maschi e femmine; ma è vero altresì ch' ella escludeva i nepoti dal lato di madre. E perciò il matrimonio di una femmina erede non alterava in conto alcuno i princi-

(1) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 17. n. 3. tit. I. lib. II. Istituzioni.

(2) Vegganst il Vico, scienza nuova, lib. 2. Coccejo, in dissert. proemial. ad Grot. XII. lib. 4. cap. 3. sect. 2.

(3) Grozio, de jur. bell. et pac. lib. 2. cap. 7. §. 5. et seqq.

(4) Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. XIV. lib. II. Istituzioni.

pii della repubblica, mentre i beni rientcavano sempre in quella medesima famiglia, dalla quale n' erano usciti (5).

III. Finchè Roma conservò la purezza de' suoi costumi, le donne viveano come si addiceva a un stato popolare ottimamente regolato. Ma dopo che fra la seconda e terza guerra punica s' introdussero in Roma il lusso e la mollezza, elleno, poco per volta e quasi insensibilmente, cominciarono a dimettere della loro antica austerità, rompendosi a ogni maniera di lusso e di dovizie. Questo cambiamento di costumi spiacque a più rigidi amatori della repubblica, e tosto pensarono il mezzo di ripararvi. Quinto Voconio, Tribuno della plebe, propose una legge, in cui proibivasi di lasciare eredi le femmine, e Catone il vecchio si operò con tutte le forze a farla ricevere (6). In questa maniera le femmine non solamente venivano escluse dalle successioni intestate; ma eziandio dalle testate (7). Tuttavolta le massime de' Romani medesimi non erano più tanto severe come dapprincipio. Pubblicata la legge Voconia, molti padri per favorire le figlie cercarono il mezzo di poterla deludere, e le susseguenti calamità di Roma scopersero l' occasione di doverla mitigare (8). Le proscrizioni di Silla e di Mario, le gare di Cesare e Pompeo; le guerre di Antonio e di Bruto, aveano tolto a Roma il fiore de' suoi migliori cittadini. Salito Augusto alla dignità imperiale, vi trovò quasi un deserto. Uno de' mezzi per popolarla era quello di favorire la propagazione della specie. Vennero concessi al matrimonio privilegii moltissimi; le donne maritate furono fatte capaci di ricevere per testamento l' eredità de' loro mariti: qualora avessero avuto tre figliuoli, potevano per testamento succedere anche agli estranei (9). Nel resto le disposizioni della legge Voconia non rimasero punto alterate, e le femmine venivano tuttavia ritenute come straniere rispetto alla successione de' parenti (10).

IV. Sparito sotto Augusto l' antico stato popolare, e vestendo Roma il sembiante di una perfetta Monarchia, i costumi cambiarono totalmente aspetto. Le spoglie de' popoli conquistati, le particolari costumanze de' nuovi cittadini e le ricchezze del commercio introdussero poco per volta un lusso che mandò invisibilmente in esiglio

(5) Montesquieu, Esprit. des lois. liv. 27. ch. un.
(6) Livio, Epit. lib. 41. Montesquieu, d. l.
(7) Cicer. in Verr. 2. S. Agostin. de civit. Dei, lib. 3. Gellio, lib. 13. cap. 6.
(8) Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. XXIII. n. 1. lib. II. Istit.
(9) Ulpian. fragm. tit. ult. §. 6. tit. 29. §. 3.
(10) Ulpian. fragm. tit. 16. Montesquieu, d. l.

la legge Voconia (11). Imperciocchè, cominciando i matrimonj a diventare spendiosi, fu mestieri che gli uomini vi fossero invitati dalle ricchezze delle fèmmine, e dalla speranza delle successioni ch' elle potevano conseguire (12). Ulpiano, giureconsulto che visse sotto Alessandro Severo, rende testimonianza che a' suoi tempi le sorelle da parte di padre erano abilitate a succedere, e che la legge Voconia rimaneva in vigore solo ne' parenti in grado remoto. Vuolsi però osservare che sebbene sotto l' antica romana giurisprudenza, pel cambiamento delle cose, le leggi mitigassero il soverchio rigore, abilitando in certi casi le femmine a ricevere per testamento, nulladimeno esse nulla cambiarono riguardo alle successioni intestate. L' ordine degli eredi legittimi restò sempre ristretto fra suoi e gli agnati. Questa legge, la quale vigeva nella repubblica e nella monarchia, sebbene in circostanze diverse, operava nulladimeno un effetto che rispondeva alle vedute di entrambe. Imperciocchè, quando i patrimonj erano di piccola levata, quando i cittadini vivevano nella loro scrupolosa severità, la repubblica escludeva le femmine per conservare l' uguaglianza nelle famiglie; ma quando i patrimonj presero a diventare estesi, quando i cittadini cominciarono a lasciare l' antica rozzezza, la monarchia escludeva le femmine, per conservare que' vasti patrimonj nelle agnazioni, mentre la grandezza della famiglia torna sempre in utile e decoro dello stato.

V. Ma quando diviso l' imperò de' Cesari fra la corte di Roma e quella di Costantinopoli, la legislazione da romana divenne greca, l' ordine delle successioni fu totalmente rinnovato. Giustiniano, forse appigliandosi a' consigli di Teodora, la quale era del suo sesso protettrice specialissima, stimò che le leggi de' romani grandemente si dilungassero dal diritto naturale; e perciò, derogando all' antica giurisprudenza, concesse la successione legittima tanto ai maschi che alle femmine, formando tre ordini di eredi (13). Molti rimproverano l' Imperatore, per aver lui ritenuto che il diritto di succedere de' maschi in pregiudizio delle femmine sia contro natura; mentre, come altrove dicemmo, la natura obbliga il padre ad alimentare i figli, ma non a istituirli eredi (14). Prescindendo però da queste osservazioni, non può negarsi che Giustiniano sia stato principe di costanza impareggiabile.

(11) Gellio, lib. 20. cap. 1.
(12) Montesquieu, liv. 2. ch. un.
(13) Nov. 118. 127.
(14) Montesquieu, Esprit. des lois, liv. 26. ch. 6.

Con l'ultime sue costituzioni non solamente annullò molte disposizioni dell'antico diritto; ma eziandio rese inutili molte leggi del suo Codice medesimo e quasi tutti i primi tredici titoli di questo libro.

VI. Non ostante però la protezione di Giustiniano pel bel sesso, Roma, non che tutta Italia, si resse ne' suoi antichi principii, concorrendo a mantenerli le successive rivoluzioni che l'infestarono. Nel III. IV. e V. secolo cominciarono a piovere immense turbe di barbari; ma essendo state respinte dal valore di Claudio e di Aureliano, nè i Franchi, nè i Peucini, nè i Trutungi, nè i Virtinghi, nè i Celti, nè gli Eruli, nè i Svevi, nè i Sarmati, nè altri popoli settentrionali poterono piantarvi la sede e distruggere colle proprie le costumanze del paese. Finalmente, mentre a Costantinopoli imperava Zenone, calarono di bel nuovo in Italia i Goti. Teodorico, Principe di gran senno, distrusse l'emulo Odoacre, e seguendo l'esempio di lui, assunse il nome di re, estendendo il suo dominio anche fuori delle Alpi. Morto Zenone, saliva al trono Anastasio, poscia Giustino. Teodorico moriva in somma vecchiezza, lasciando reggente Amalasunta, la quale governava il regno a nome del figlio Atalarico. In questo mezzo le cose dell'oriente, a nome dell'Imperatore Giustino, erano guidate da Giustiniano, il quale mostrava già l'animo di volergli succedere. Salito al trono, ambizioso com' egli era, si avvisò di voler ricovrare all'Impero le province sottratte ne' tempi de' suoi antecessori. Prima di tutto rivolse l'animo alle cose d'Affrica, ove Belisario suo generale riportò vittorie considerevoli. Terminata questa guerra, nell' anno CCCLV. spedì in Italia lo stesso Belisario, il quale ad onta delle cabale de' suoi nemici, vinse Vitige, e recollo prigione a Costantinopoli. Ma la partenza di Belisario e la prigionia di Vitige non troncarono il corso alle rivoluzioni; imperciocchè, profittando i Goti della guerra che all'impero avevano allora suscitato i Persiani, si elessero un condottiere in Totila, uomo bellicoso e intraprendente. Toccò di bel nuovo a Belisario di venire in Italia; ma essendo egli stato dall'Imperatore lentamente sovvenuto, la sua seconda spedizione ebbe poco successo, e non servì che ad infievolire le forze di tutte e due gli eserciti. Venne a Belisario sostituito Narsete. Questo generale, venuto in Italia con poderosa armata, vinse Totila, poscia Teja; e, non ostante l'aiuto de' Franchi, pose termine alla guerra Gotica.

VII. La prudenza di Teodorico stimò opportuno di non offendere i principii de' popoli da lui recentemente conquistati. Trovò in uso le leggi romane, particolarmente comprese nel Codice Teodosiano, oltre non poche opere degli antichi giureconsulti, ed a queste assoggettò i

suoi Goti medesimi (15). Del resto, è necessario avvertire che la collezione di Giustiniano fu pubblicata in Oriente nell' anno DXXXIII. XXXIV. Essa in allora non conteneva che le Istituzioni, il Codice e il Digesto. L' ordine delle successioni non era peranco alterato; ma nulladimeno, essendosi nell' anno sussegnente accesa la guerra co' Goti, alla compilazione di Giustiniano restò del tutto preclusa la strada d'Italia.

VIII. La guerra Gotica durò diciotto anni di spazio (16). Dopo quest' epoca sembrava che l' Italia dovesse respirare da tante invasioni. L' ottimo governo, il nome e il valore di Narsete ne ispiravano la confidenza. Ma il riposo non durò più di sedici anni (17). Imperciocchè, morto Giustiniano quattordici anni dopo la disfatta de' Goti, due anni appresso calarono in Italia i Longobardi, i quali, poco per volta, spensero del tutto in queste contrade il dominio del greco Impero.

IX. I Longobardi, al pari de' Goti, trovarono dominanti in Italia le leggi romane. Essi non proibirono a' popoli da loro assoggettati di continuare, se volevano, a reggersi con esse. Ma siccome, dopo Rotari, i susseguenti re fecero una raccolta delle proprie leggi, così, poco per volta, venne a formarsi un corpo di leggi longobardiche, con le quali i popoli Italiani lunga pezza si governarono. I costumi de' Longobardi, riguardo alle successioni, si uniformavano alle disposizioni del diritto romano. Le femmine, maritate che fossero, doveano contentarsi della dote; e per legge di Rotari, venivano totalmente escluse dalle successioni del padre e del fratello (18). In quest' epoca medesima o poco appresso s' introdussero in Italia nuove costumanze, le quali non servirono che a confermare le antiche. I feudi, le primogeniture e i maggioraschi aveano per base di considerare le femmine come straniere. Disfatti i Longobardi dalle armi di Carlo Magno, la giurisprudenza divenne un proteo. L' estensione de' luoghi soggetti al dominio di questo principe, fece piovere in Italia una moltitudine di popoli oltremontani. Avendo essi ottenuto licenza di potersi regolare con le leggi del proprio paese, v' era enorme miscuglio di leggi saliche, ripuarie, bavare, alemanne, franche e romane ch' egli era un morir di voglia fare l' avvocato o il giudice. In mezzo a questa farragine di leggi le femmine però non trassero miglior partito. La istituzione de' feudi de' maggioraschi e delle primogeniture prendeva maggior piede, e le leggi de' Longobardi tuttavia sussistevano.

(15) Murat. antiq. med. aev. Diss. 20.
(16) Murat. antiq. med. aev. Diss. 1.
(17) Denina, rivoluz. d' Italia, lib. 6, cap. 4. in fin.
(18) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 3. n. 3. not. 222. tit. VII. lib. II. Istit.

X. Verso l' anno MCXXXVII. comparve finalmente alla luce la compilazione di Giustiniano. Veggendo i giuristi com' essa in dottrina prevaleva alle leggi in allora dominanti, cominciarono a porvi le mani, e glosarla, pubblicarla e divulgarla nelle scuole e nel foro. Avvidersi tosto gl' Italiani che in questa maniera s' introduceva un ordine di successioni totalmente contrario a' loro inveterati costumi. Seguita in questo secolo medesimo la famosa pace di Costanza, per la quale le città Italiane si vindicarono in libertà, ciascuna repubblica, città o municipio mostrò tostamente l'animo di non volervi derogare. Fu quindi immantinenti pubblicata una moltitudine di leggi repubblicane o statutarie. Milano, Roma, Napoli, Mantova, Pavia, Genova, Bologna, Perugia, Ravenna, Faenza, Firenze, Pisa, Siena, Lucca, Arezzo e generalmente quasi tutte le altre città, ferme ne' loro principii, escludevano dalla successione le femmine in favore de' maschi (19).

XI. Ma se la novella di Giustiniano ebbe poco successo nel secolo XII. miglior successo ebbe nella fine del passato e nel principio del presente. È rimarchevole che i repubblicani recarono in Italia quello che altre volte i repubblicani ricusato avevano. Donde si conosce all' evidenza che tanto l' esclusione quanto l' ammissione delle femmine può ugualmente consistere e nelle repubbliche e nelle monarchie. Vennero aboliti gli statuti e in luogo di essi comparve la novella di Giustiniano. L' obblivione, in cui lunga pezza si giacque, le dette campo di svegliarsi vestita di spoglie non sue, mutato nome e nazione. Il Codice di Francia che per alcuni anni governò tutte le province d' Italia, chiamava alla successione intestata tanto i maschi che le femmine. Il regime di questo Codice fu breve. I sovrani legittimi tornarono all' amore de' propri sudditi; ma le grandi vicende ch' erano avvenute in tutta Europa, avevano in gran parte cambiato tempi e costumi. Fu necessario provvedervi con nuove leggi adattate all' attuale posizione de' particolari governi. Negli stati ereditari Tedeschi, nelle province spet-

(19) Statut. Mediolan. cap. 278. Statut. Urbis, lib. 1. cap. 125. et ibi Costant. Statut. Mantuan. de success. ab intest. Statut. Papiae. Rubric 95. Statut. Jannens. de foeminis dotand. lib. 5. cap. 11. Statut. Bononiens. de success. liber. patre, vel aliis descendentibus ab intestat. morientibus, lib. 4. Statut. Perus. tit. de dote, §. mulier Rub. 45. in princ. Statut. Ravenn, Rubric. 12. lib. 3. Statut. Faven. Rubric. 27. lib. 3. Statut. Florent. Rubr. 130. lib. 2. Statut. Pisan. lib. 1. cap. 27. Statut. Senen. cap. 155. Statut. Lucen. lib. 2. cap. 7. Statut. Aretin. lib. 2. Rubr. 64. Card. de Luc. de succes. ab intest. Disc. 8. n. 17. Ruota, Decis. 25. n. 18. et seq. Decis. 583. n. 7. et seq. part. 12. Decis. 349. n. 4. part. 11. Decis. 112. in princ. n. 1. part. 15. Decis. 101. n. 8. part. 15. rec.

tanti al governo di Milano, nelle Due Sicilie, nel ducato di Parma, e nella repubblica Ticinese, salvo alcune modificazioni, furono ritenute le disposizioni del Codice Francese (20). Nello stato Pontificio e nella Toscana l'antico sistema fu ripristinato (21). Negli stati Sardi in genere le femmine sono ammesse a succedere unitamente ai maschi (22). Ma quando i maschi per la loro posizione siano in grado di conservare la famiglia e propogarla, le femmine sono escluse (23).

XII. Da quanto sinora abbiamo detto appare chiaro abbastanza, che sino da' tempi della più remota antichità prevalse nella legislazione il privilegio de' maschi, per conservare i beni nelle agnazioni. Del resto, que' motivi medesimi, pe' quali Giustiniano si mosse ad abolire il suddetto privilegio, si mossero i moderni legislatori a temperare e migliorare la condizione delle femmine escluse; il che noi vedremo più particolarmente ne' suoi luoghi rispettivi.

§. Intestatorum, 1.

SOMMARIO.

I. *Diritto romano.*
II. *Legislazione Pontificia, Sarda e Toscana.*
III. *Differenza delle tre suddette legislazioni.*

I. Suoi eredi presso i romani chiamavansi que' discendenti, i quali erano nella potestà del defunto, e che nel tempo della deferita eredità occupavano il primo luogo nella sua famiglia (24). Questa definizione abbracciava tanto i maschi che le femmine; e perciò, secondo la legge delle XII. Tavole, tanto gli uni che le altre erano ammessi alla successione del defunto morto intestato.

II. Secondo l'attuale nostra legislazione, le figlie, esistendo maschi od agnati, quantunque elle sieno uguali o prossimiori in grado, sono escluse dall'eredità del padre, dell'avo o di qualunque altro

(20) Veggasi il Cod. Austr. art. 732. e seg. Cod. delle D. S. art. 667. Cod. Parm. art. 837. Cod. Ticin. art. 457.

(21) Veggasi il reg. legislat. tit. 3. legge Toscana sulle succes. intest. 18. Agosto 1814.

(22) Cod. Albert. lib. 3. tit. 3. cap. 1. sez. 1. e seg.

(23) Cod. Albert. lib. 3. cap. 2.

(24) Vinnio, ad hunc. §.

discendente maschio (25). Cessa però l' esclusione, qualora non esistano maschi od agnati; e, generalmente parlando, nella successione delle femmine tanto della linea paterna che materna (26). In questi casi restano pienamente in vigore le disposizioni del diritto di Giustiniano (27).

In Toscana l' esclusione delle femmine in favore de' maschi ha luogo tanto nell' eredità del padre che in quella della madre (28). Quanto alla linea paterna, l' esclusione si estende sino alla successione dell' avo, proavo, e qualunque altro ascendente maschio, non a quella dell' ava, proava e qualunque altra ascendente femmina; quanto alla linea materna, non oltrepassa la successione della madre (29). Laonde tanto nella successione di una femmina ascendente della linea paterna, quanto nella successione di una femmina come di un maschio della linea materna, sono ivi applicabili le disposizioni del diritto romano (30). Nel Piemonte l' esclusione, quand' abbia luogo, procede ugualmente nell' eredità del padre, che in quella della madre. Nella linea paterna l' esclusione si estende parimenti a tutti gli ascendenti maschi, ma non alle femmine. Nella materna non si estende oltre la successione della madre (31). Del resto, trattandosi di succedere al padre o ad altro ascendente paterno maschio, l' esclusione ha luogo in favore dei fratelli germani e loro discendenti da parte di maschio, ove esistano; e in difetto di fratelli germani e loro discendenti maschi, in favore de' fratelli consanguinei e loro discendenti maschi da maschi. Trattandosi di succedere alla madre l' esclusione ha luogo solo in favore de' fratelli germani e loro discendenti maschi da maschio (32).

III. Due sono le principali differenze che si scontrano fra la legislazione Pontificia e quella di Sardegna e di Toscana. La prima riguarda le femmine che si escludono; la seconda il prezzo dell' esclusione. Quanto alla prima, osservo che, quando si tratta di successione materna le femmine sono ammesse in concorso de' maschi. Il che prova che lo spirito delle nostre leggi attuali tende solamente a favorire l' agnazione, non la mascolinità; avvegnacchè nella succes-

(25) Reg. giud. §. 9.
(26) Reg. giud. §. 16. 17.
(27) Reg. giud. §. 14.
(28) Legge Toscana del 18. Agosto, 1814. delle success. intest: art. 6. 7.
(29) D. legge art. 6. 7.
(30) Magnani, comm. all' editto successor. Toscano, art. 6. in fin.
(31) Cod. Albert. art. 942. e seg.
(32) Cod. Albert. art. 943. 945.

sione della madre non può aver luogo veduta alcuna di favorire l'agnazione (33). Quanto alla seconda, osservo che presso noi il prezzo dell' esclusione consiste nel diritto di una dote; in Toscana e negli stati Sardi consiste nel diritto di conseguire la propria legittima (34).

§. Sui autem, 2.

SOMMARIO

I. *De' suoi eredi. Diritto romano.*

II. *Correzione della legislazione Pontificia riguardo alle femmine.*

III. *Correzione del diritto Canonico riguardo a' legittimati per susseguente matrimonio.*

IV. *Correzione della legge nuovissima riguardo agli emancipati.*

I. Giustiniano in questo paragrafo insegna quali siano le persone che nella famiglia del defunto tengono luogo di suoi eredi. Tali sono I. Il figlio e la figlia. II. Il nipote e la nipote nati del figlio. III. Il pronipote e la pronipote nati del nipote. IV. Gli adottivi. V. I figli illegittimi ascritti alle curie. VI. I figli legittimati per susseguente matrimonio. Vuolsi però avvertire che il nipote, pronipote ec. tengono luogo di suoi eredi, allorche sia tolto di mezzo il genitore; mentre, lui vivo, il primo grado viene occupato dal medesimo. Perchè il nipote succeda in luogo di suo erede, è necessario, come dice Giustiniano, che il padre per morte, emancipazione, o in qualunque altra maniera, cessi di appartenere alla famiglia del defunto.

II. Non poche sono le modificazioni che la differenza de' costumi, il diritto Canonico e l' attuale nostra legislazione recarono alla presente legge. In primo luogo, ammesso che pel favore dall' odierna giurisprudenza accordato a' maschi, le femmine siano escluse dall' eredità paterna ed avita; le figlie, le nipoti le pronipoti ec. quantunque nate di maschio, non si possono considerare come suoi eredi, a' quali per conseguenza appartenga l' intestata successione del padre o dell' avo (35).

(33) MAGNANI, art. 7. in princ.

(34) Veggasi quello che abbiamo detto nel libro XXIII. tit. III. de' Digesti.

(35) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. preced. n. 2. e nel §. 6. n. 3. tit. XVIII. lib. II. Istit.

Quanto a' figli legittimati per ascrizione alla curia, altrove osservammo che questa maniera di legittimare non è più in uso (36).

III. In secondo luogo, abolito per diritto Canonico il concubinato, furono per conseguenza corrette non poche disposizioni delle leggi civili riguardo a' figli legittimati per susseguente matrimonio. Il concubinato era anticamente permesso; chiamavasi concubina quella che per destinazione dell' animo (37), tenevasi in comunione di abitazione, come in luogo di moglie (38). I figli nati di lei si reputavano naturali: quella, all' opposto, che senza un certo affetto, senza alcuna destinazione, non conviveva in casa dell' uomo; ma facea di frequente, ed anche abitualmente, copia del proprio corpo, chiamavasi più presto meretrice; i figli nati di lei nel linguaggio legale si distinguevano col nome di vulgo quesiti. Purchè nelle nozze fosse intervenuta la solennità dell' istromento dotale, la legittimazione per susseguente matrimonio non accordava i diritti di successione che a' primi. I secondi, comecchè nello stesso modo legittimati, non ottenevano il medesimo privilegio (39). Abolito però il concubinato, e per conseguenza quella congiunzione che anticamente reputavasi legale, è certo che il nome di concubina e quello di figli naturali in senso civile, dovettero cadere dall' uso. Laonde per diritto Canonico figli naturali si chiamano quelli che nascono fuori di matrimonio da persone, fra le quali può il matrimonio consistere nel tempo, in cui i figli sono concepiti e vengono alla luce (40). Dietro questa definizione così generica, appare chiaro abbastanza che negli odierni costumi, tolta in proposito la differenza tra' figli naturali e vulgo quesiti, si possono per susseguente matrimonio legittimare i figli nati da qualunque donna, anche meretrice, purchè, oltre il constare della qualità di padre nell' uomo, la donna all' epoca del concepimento e a quella del parto, sia libera in modo da poter

(36) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. ult. n. 2. tit. X. lib. I. Istit.

(37) L. 4. ff. de concub.

(38) Rittershuth. Exposit. method. Novell. part. 7. cap. 5. Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. VII. lib. XX. Dig.

(39) Nov. 18. §. sicut enim. Nov. 89. et §. ult. Inst. de nupt. Mantic. de conject. ult. vol. lib. 2. tit. 12. n. 8. et lib. 11. tit. 10. n. 9. Decian. cons. 5. n. 81. Gabriel. cons. 21. n. 13. et 14. lib. 1. Ruota Decis. 190. n. 15. et seq. part. 9. tom. 1. rec. et Decis. 161. n. 3. part. 4. tom. 1. rec.

(40) Galeot. de noth. et spur. n. 12. cap. 5. Ferrar. Biblioth. verb. filius, n. 23. 24. Reiffenst. jus. Can. univ. lib. 4. tit. 17. n. 25.

essere di lui moglie (41). Indi ne segue che, corretta la disposizione delle leggi civili, per diritto Canonico, senza la necessità di veruna istromento dotale, senza bisogno della comunione di abitazione e della destinazione dell' animo, i figli legittimati per susseguente matrimonio, senza alcuna distinzione, sono oggigiorno pienamente uguagliati a' figli legittimi; e perciò al pari di essi possono succedere a qualunque eredità tanto testata che intestata, mentre, come insegna la pratica dei nostri Tribunali (42), riguardo agli effetti del matrimonio non ha luogo oggigiorno eccezione di qualità di persona (43). Questo principio desunto dal diritto Canonico, e comunemente ammesso nella pratica del foro (44), venne sancito da quasi tutte le vigenti legislazioni Italiane (45).

IV. Finalmente, sebbene conforme l' antico diritto, da Giustiniano nelle sue Istituzioni confermato, i figli emancipati formassero una famiglia diversa da quella, donde nascevano; e perciò come stranieri venissero esclusi dalla successione del defunto, riserbandosi questa al nipote ritenuto nella potestà dell' avo; nulladimeno i pretori, mossi più dalla naturale equità che dalle sottigliezze delle leggi, rescindendo l' emancipazione o la diminuzione di capo, chiamarono alla successione del defunto tanto i suoi eredi quanto i figli emancipati. Giustiniano nelle ultime sue costituzioni, seguendo l' esempio de' pretori, tolse ogni differenza di grado, e dette in primo luogo la successione dell' ascendente a' discendenti senz' alcuna distinzione (46). Dopo quest' ultima legge contro la disposizione di questo paragrafo, il figlio emancipato esclude sempre il nipote nato di lui; e, succedendo egli per diritto civile, l' editto del pretore rimane del tutto inutile (47).

(41) Gloss. in c. innotuit conjugata, de elect. Abbas. in c. Tanta, qui filii sint legittimi. Gabriel. de legitim. cons. 1. n. 50. Menoch. cons. 18. n. 9. et seq. Mantic. de conject. ult. vol. lib. 2. tit. 12. n. 6. Merlin. de legittim. quaest. 7. n. 18. Stryk. de success. ab intest. lib. 18. tit. 1. n. 21. Ruota, d. Decis. 190. n. 25. part. 9. tom. 1. rec.

(42) Dietro l' autorità del citato c. Tanta, qui filii sint legittimi.

(43) Ruota, cit. Decis. 190. n. 25. part. 9. tom. 1. rec.

(44) Stryk. de success. ab intest. diss. 1. cap. 2. §. 61.

(45) Legge Toscana del 18. Agosto, 1814. delle success. intest. art. 11. Magnani, comm. al sudd. editt. successor. d. art. 11. n. 4. Cod. Albert. art. 176. 952. Cod. delle D. S. art. 255. Cod. Austr. art. 161. Cod. Parmens. art. 163. 838. Cod. Ticin. art. 91. concorda il Codice Francese, art. 333.

(46) Nov. 118. cap. 1.

(47) Vinnio, ad hunc. §. n. 2. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 3. tit. 1. §. 154. et seq. Magnani, comm. all' Editt. successor. Tosc. art. 6. n. 13.

§. Interdum, 4.

SOMMARIO

Negli odierni costumi il prigioniero di guerra non cambia stato.

La captività, secondo gli antichi istituti de' romani, scioglieva i diritti di famiglia. Tuttavolta se un figlio preso dagl' inimici fosse ritornato in patria dopo la morte del padre, mediante la finzione del postliminio ricuperava i diritti di famiglia, e rientrava nel posto di suo erede. Secondo i moderni costumi di quasi tutte le nazioni di Europa questa finzione non è più necessaria (48).

§. Per contrarium, 5.

SOMMARIO

Secondo gli odierni regolamenti il figlio del perduelle non cessa di essere suo erede.

Nell' antecedente paragrafo fu posto il caso, nel quale il figlio o il nipote può esistere suo erede al padre o all' avo, comecchè al tempo della morte non sia soggetto alla potestà di lui. Nel paragrafo presente si finge all' opposto il caso, in cui il figlio o il nipote può non esistere erede, sebbene al tempo della morte del padre o dell' avo egli sia sotto la potestà loro. Questo caso ha luogo allorchè il padre o l' avo sia stato giudicato reo di perduellione, mentre succedendo dopo la sua morte il fisco, il figlio o il nipote cessa di essere suo erede. Siccome presso noi nei delitti di lesa maestà viene tolta al reo solo la licenza di poter disporre della porzione che la legge gli accorda, rimanendo questa al governo per la riparazione dei danni; e nel resto la successione intestata si devolve a' più prossimi eredi legittimi, escluso il fisco; appare chiaro abbastanza che nel caso presente il figlio non cessa di essere suo erede (49).

(48) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 5. tit. XII. lib. I. Istit.

(49) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 4. tit. XVII. lib. II. Istit. e nella Rubrica del tit. IV. lib. 48. Dig.

§. Cum filius, 6.

Presso noi le femmine sono escluse dall' intestata eredità dei maschi; e perciò, quanto a succedere, ne' loro discendenti non ha luogo il diritto di rappresentazione (50).

§. Emancipati, 9.

Tra' figli emancipati e quelli ritenuti nella patria potestà oggigiorno non v' ha alcuna differenza (51).

§. At hi, qui, 10.

§. Admonendi, 13.

SOMMARIO

I. *Capo dell' editto* unde liberi.
II. *Capo dell' editto* unde cognati.
III. *Correzione dell' antico diritto.*

I. Altrove accennammo che la legge delle XII. Tavole riteneva gli emancipati come stranieri; e che perciò gli escludeva dall' intestata successione del padre o dell' avo. E sebbene i pretori mediante l' editto *unde liberi* li chiamassero al possesso de' beni, nulladimeno questa loro disposizione cessava, allorchè il figlio emancipato mediante l' adozione si fosse posto sotto l' altrui potestà. Eravi però qualche caso, nel quale, non ostante l' adozione, egli poteva ricuperare tutte quelle ragioni che col suo fatto avea perduto. Il che avveniva quando, vivendo tuttora il padre naturale, egli fosse stato di bel nuovo emancipato dal padre arrogatore; imperciocchè la legge in questo caso fingesse che l' adozione non avesse avuto mai luogo. Ma se l' emancipazione fosse seguita allorchè il padre naturale non era più fra' viventi, cotesta finzione non era punto efficace. E ciò per questo, ch' essendosi già deferita l' eredità agli altri figli od agnati, si sarebbe riputato come un' ingiuria il toglierla loro per un semplice caso (52).

(50) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 1. n. 2. di questo titolo.
(51) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 2. n. 2. e ne' §§. segg. di questo titolo.
(52) D. §. 10.

II. Ma sebbene, morto il padre naturale, i figli nuovamente emancipati dal padre arrogatore non venissero ammessi alla successione in forza dell' editto *unde liberi*, nè in forza di quello, pel quale si ammettevano gli agnati; era pertanto loro riserbata la successione in terzo luogo mediante l' editto *unde cognati*. E ciò per questo, che l' adozione faceva perdere i diritti di famiglia e di agnazione; ma rilasciava totalmente illesi quelli di cognazione (53).

III. Giustiniano nelle sue Istituzioni confermò i principii dell' antico diritto; ma poscia totalmente gli abolì nelle sue ultime costituzioni. Imperciocchè avendo egli tolta ogni differenza fra agnati e cognati, invitò all' intestata successione tanto quelli che questi, secondo la prerogativa del proprio grado (54). Donde ne segue che secondo la nuova legge i figli, di cui si parla ne' presenti paragrafi, non solamente debbono essere preferiti a' cognati, ma eziandio a tutti gli agnati. E siccome la nuova legge di Giustiniano è ricevuta nell' uso forense di quasi tutte le nazioni, è chiaro che la disposizione di questi due paragrafi oggigiorno è totalmente superflua (55).

§. Item vetustas, 15.

§. Sed nos, 16.

SOMMARIO

I. *De' nipoti per parte di femmina. Diritto romano.*
II. *Diritto Giustinianeo.*
III. *Legislazione Pontificia e straniera.*

I. Secondo i principii da noi esposti nell' introduzione di questo titolo, è bastantemente manifesto che quando Roma divenne monarchia le leggi risguardanti l' esclusione delle femmine cambiarono aspetto. I Pretori mediante loro editti in mancanza de' parenti da parte di maschio, chiamarono all' eredità quelli da parte di femmina. Gl' Imperatori Valentiniano, Teodosio ed Arcadio, derogando alla legge delle XII. Tavole, concessero la medesima prerogativa ai nipoti nati della figlia; ma non volendo essi annullare del tutto le antiche massime,

(53) D. §. 13.
(54) Nov. 118. cap. 3. e 4.
(55) Vinnio, hic. n. 2. Mynsingo. eod. in fin.

vollero che i nipoti avessero nell' eredità una porzione minore del terzo, qualora fossero succeduti cogli eredi suoi; dovessero rifondere la quarta parte, allorchè fossero concorsi negli agnati. In questa maniera, sebbene con qualche differenza, cominciarono poco per volta a succedere promiscuamente nelle eredità intestate gli agnati ed i cognati.

II. Giustiniano in appresso estese anche maggiormente i diritti di successione de' discendenti per parte di femmina, disponendo che, qualora e' fossero concorsi con gli agnati, non potessero questi dedurre la quarta parte: ma tuttavia lasciò in vigore il diffalco della terza in favore de' suoi. Finalmente mediante sua legge nuovissima tolse ogni differenza di sesso e di grado. Avendo egli in tal modo resa del tutto uguale la condizione de' discendenti per parte di femmina a quella de' discendenti per parte di maschio (56), rese nello stesso tempo del tutto inutile la narrativa di questi due paragrafi, i quali per certo non sono il più bel modello della concisione.

III. Presso noi la legislazione di Giustiniano non è ricevuta. Analogamente a' principii delle antiche leggi romane, i nipoti per parte di donna tanto maschi che femmine non hanno alcun diritto sulla successione dell' avo materno e paterno (57). In Toscana i nipoti da parte di femmina sono esclusi dalla successione dell' avo paterno, non da quella dell' avo materno (58).

(56) Nov. 118. cap. 1.

(57) Reg. giud. §. 18. Ruota, nella Ferentina nullitatis, seu inofficiositatis testam. 8. Maggio, 1843. §. 8. Bofondi.

(58) Magnani, comm. all' editto successor. Toscan. art. 6. n. 21.

TITOLO II.

DELLA SUCCESSIONE LEGITTIMA DEGLI AGNATI.

SOMMARIO

I. *Della successione degli ascendenti. Leggi de' Decemviri.*
II. *Leggi di Leone e di Antemio.*
III. *Leggi di Giustiniano.*
IV. *Giurisprudenza Pontificia e straniera.*

I. Prima della nuovissima legge di Giustiniano, l'ordine degli eredi, come altrove accennammo, era di due sorta: non erano in quest' ordine contemplati gli ascendenti; imperciocchè il padre o l'avo anticamente occupassero i beni del figlio o nepote soggetto alla potestà loro per diritto di peculio e non per diritto di successione. Il figlio emancipato ritenevasi come straniero, nè il padre per legge civile aveva alcun diritto ne' beni di lui. Del resto, siccome il Pretore in molti casi moderò il rigore delle leggi civili riguardo al figlio emancipato, accordando al medesimo il possesso de' beni paterni, così, quasi in contraccambio, moderò il rigore delle leggi civili anche riguardo al padre, concedendogli parimenti il possesso ne' beni del figlio nell' ordine de' cognati (59).

II. Allorchè i diritti della patria potestà cominciarono a regolarsi secondo le norme del diritto naturale, la condizione de' figli di famiglia fu in gran parte migliorata. Tosto che gl' Imperatori Leone ed Antemio concessero ch' eglino si avessero la proprietà de' beni provenuti dalla madre, e da' parenti per parte di madre, concessero nello stesso tempo che in tali beni potessero avere l' erede ab intestato. Indi stanziarono, fosse in essi la successione in primo luogo riserbata a' propri figli, in secondo luogo a' fratelli, in terzo luogo agli ascendenti (60). La patria potestà ebbe in questa maniera a ricevere una modificazione gravissima. Ammesso una volta che il padre non potesse per diritto di peculio occupare i beni avventizi del figlio di famiglia, fu necessario stabilire lo stesso principio ne' beni castrensi. Imperciocchè se il padre non poteva altrimenti occupare que' beni, ne' quali aveva l'usufrutto, molto meno l'occupazione era comportabile in que' beni, ne' quali e' non aveva alcun diritto (61).

(59) §. 1. Inst. de bonor. poss.
(60) L. quaecumque res, Cod. de bon. quae lib.
(61) Vinnio, in §. ult. Inst. hoc. tit.

III. Finalmente Giustiniano, volendo allungarsi da ciò ch' egli chiamava imbarazzi dell' antica giurisprudenza, formò un ordine di successioni totalmente diverso (62). In questa maniera egli invertì l' ordine degli antichi, il quale, salvo alcune modificazioni, egli aveva seguitato nelle sue Istituta. Nè ciò gli fu bastante; imperciocchè nello stesso ordine di successori da lui ultimamente adottato, tolse ogni differenza fra agnati e cognati, fra maschi e femmine; ed in tal modo rese quasi del tutto inutili le disposizioni del titolo presente.

IV. Ritrovate per caso le leggi di questo greco Imperatore, si conobbe che l' ordine di successioni ivi prescritto era di gran lunga più chiaro, più spedito e più naturale; e perciò venne da tutti i popoli abbracciato. Del resto, siccome in molti luoghi, massime in Italia, prevaleva tuttavia ne' costumi il favore per l' agnazione, così ebbe a ricevere dalla giurisprudenza statutaria gravissime variazioni, le quali, mentre si dilungavano dallo spirito delle leggi di Giustiniano, spesso si avvicinavano allo spirito delle leggi Decemvirali. Per la qual cosa si può francamente sostenere che sotto la giurisprudenza municipale l' ordine delle successioni fosse copiato dalle antiche e moderne leggi; e che la copia differisse da suoi originali in quello stesso tempo ch' era da essi rilevata. L' odierna giurisprudenza Pontificia, quella di Toscana, e in molti casi quella degli Stati Sardi, tratta in gran parte dalla spenta giurisprudenza statutaria, non in tutto concorda col diritto romano e Giustinianeo, nè in tutto discorda dall' uno e dall' altro (63). Le rimanenti legislazioni Italiane, salvo poche modificazioni, convengono totalmente col nuovo diritto Giustinianeo (64).

§. Si nemo,

SOMMARIO

I. *Esposizione del testo.*
II. *Correzione del medesimo.*
III. *Leggi Pontificie e Toscane.*

I. Dice Giustiniano che qualora non esista alcun suo erede o altro che da' pretori e dalle costituzioni sia come tale ritenuto, il quale

(62) Nov. 118. Veggasi quello che abbiamo detto nel princ. del tit. V. di questo lib.

(63) Veggasi quello che abbiamo detto nel principio del titolo V. di questo libro.

(64) Veggasi quello che abbiamo detto nel princ. del tit. antecedente, n. 11.

s' abbia in qualche modo la successione, allora per legge delle XII. Tavole, l' eredità spetta all' agnato più prossimo.

II. Secondo la novissima legge di questo Imperatore, mancando la linea discendentale, la quale abbraccia tanto i suoi eredi quanto gli emancipati (65), la successione, non esistendo fratelli e sorelle germani del defunto, spettà solamente agli ascendenti di entrambi i sessi, secondo la prerogativa della loro prossimità (66). In Francia, nel Belgio, ne' Paesi Bassi, negli stati ereditari Tedeschi, nelle province spettanti al governo di Milano, negli Stati Sardi, nel regno delle Due Sicilie, ne' Ducati di Parma, Piacenza e Guastalla, e nel Cantone del Ticino, la moderna giurisprudenza concorda col diritto Giustinianeo (67).

III. Presso noi e nella vicina Toscana, il padre, l' avo paterno o altro ascendente maschio esclude dall' intestata eredità del figlio, nipote o altro discendente maschio di maschio, la madre, l'ava e qualunque altra ascendente femmina (68). Trattandosi però di succedere a una femmina o a un discendente maschio cognato, tanto presso noi quanto in Toscana, la successione è regolata a' termini del diritto comune (69).

§. Sunt autem, 1.

SOMMARIO

I. *Correzione del presente paragrafo.*
II. *Leggi Pontificie e Toscane.*
III. *Legislazione Italiana e straniera.*

I. Fra le persone agnate pone Giustiniano in primo luogo i fratelli nati dello stesso padre, i quali in ispecie si chiamano consanguinei, senza far caso s' essi non abbiano avuto la stessa madre. Questa massima era conveniente all' antico diritto romano, il quale nel deferire le successioni intestate non solo avea riguardo alla prossimità della

(65) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 2. n. 2. del titolo precedente.

(66) Nov. 118. cap. 2.

(67) Cod. civ. Franc. art. 746. Cod. Belg. eod. Cod. Guglielm. art. 906. Cod. Austr. art. 735. 737. Cod. Albert. art. 934. Cod. delle D. S. art. 668. Cod. Parmens. art. 847. Cod. Ticin. art. 452.

(68) Reg. giud. §. 10. Legge Toscana, del 18. Agosto 1814. art. 16. junct. art. 25. Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 5. n. 2. tit. susseg.

(69) Arg. art. 14. Reg. giud. Magnani comm. all' editt. success. Tosc. art. 16. n. 5. Veggasi quello che abbiamo detto nel princ. del tit. V. di questo lib.

parentela; ma era specialmente ed unicamente fondato sulle relazioni e su' vincoli di famiglia. Nulladimeno dopo la nuovissima legge di Giustiniano i fratelli non godono più della prerogativa della sola consanguinità; i fratelli congiunti da entrambi i lati vengono nella successione preferiti a quelli che sono congiunti solo da un lato (70).

II. Siccome, quanto all' eredità de' collaterali, le moderne leggi Pontificie e Toscane non escludono le femmine dalla successione delle femmine; nettampoco da quella de' maschi, qualora la congiunzione de' medesimi co' superstiti agnati sopravanzi il terzo grado di computazione civile presso noi (71), e il quarto in Toscana (72); così, trattandosi di succedere a una femmina o a un cognato o agnato trasversale, collocato oltre il terzo o il quarto grado, i fratelli e sorelle germani del defunto debbono avere la preferenza sopra i collaterali congiunti al defunto solo da un lato, osservata fra loro la prerogativa della prossimità, non essendo in questo caso corretta la disposizione della legge nuovissima di Giustiniano (73). Trattandosi però di succedere a un fratello, i consanguinei o gli agnati congiunti col defunto sino al terzo o quarto grado, godono nell' intestata successione della preferenza sopra le sorelle germane, quantunque di grado più prossime (74).

III. Presso noi, salvo l' esclusione delle femmine (75), in Toscana (76), negli stati ereditari Tedeschi, nelle provincie spettanti al governo di Milano (77), nelle Due Sicilie (78), nel Cantone del Ticino (79) in Francia (80) e nel Belgio (81), i fratelli consanguinei del defunto sono ammessi a succedere ugualmente a' di lui fratelli e sorelle germani, il che si uniforma alle disposizioni di questo paragrafo.

(70) Vinnio, hic. n. 4. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 3. tit. 1. §. 255.
(71) Reg. giud. art. 11.
(72) Legge Tosc. del 18, Agosto 1814. sulle successioni intestate art. 23.
(73) Reg. giud. art. 11. junct. art. 14. Magnani, comm. all' editt. succ. Tosc. art. 25. n. 4.
(74) Reg. giud. art. 11. d. legge Tosc. art. 23. Magnani, ibid. Veggasi quello che abbiamo detto nel princ. del tit. V. di questo libro.
(75) Arg. art. 10. del reg. giud.
(76) D. legge art. 24.
(77) Cod. Austr. art. 736. e seg.
(78) Cod. delle D. S. art. 672.
(79) Cod. Ticin. art. 455. e seg.
(80) Cod. Franc. art. 750. e seg.
(81) Cod. civ. Franc. eod.

Negli stati Sardi (82) e nel Ducato di Parma (83), i fratelli e le sorelle germani godono della preferenza sopra i fratelli e sorelle consanguinei, il che è totalmente consentaneo alla legge nuovissima di Giustiniano.

§. Caeterum, 3.

SOMMARIO

Correzione di questa legge.

In tutto questo paragrafo, che a me sembra più lungo del bisogno, Giustiniano espone l' antico diritto rapporto alle femmine. Altrove osservammo che la legge delle XII. Tavole chiamava alla successione di un defunto agnato le femmine agnate al pari de' maschi, di qualunque grado si fossero. Pubblicata la legge Voconia, per la quale le femmine venivano dalla successione escluse, fu recata alla legge delle XII. Tavole una grave modificazione, essendo stato ristretto il diritto di succedere solo alle femmine consanguinee. Alcuni, fra' quali il Vinnio, sono di parere che questa limitazione alla legge delle XII. Tavole fosse recata prima della legge Voconia; e che in appresso la legge Voconia portasse la limitazione più oltre, escludendo dalla successione anche le figlie uniche. Che che però ne sia, certo è che quando la legge Voconia cadde in disuso, e la condizione delle donne cominciò a migliorare, i Pretori nella parte dell' editto *unde cognati* chiamarono alla successione dell' agnato defunto anche le femmine agnate in secondo grado. Ma comecchè i Pretori avessero in gran parte sovvenuto agl' interessi delle femmine, nulladimeno era sempre vero ch' elle, contro la disposizione della legge delle XII. Tavole, venivano ammesse all' intestata successione nel terzo ordine, cioè dopo gli agnati. La qual cosa spiacendo a Giustiniano, del bel sesso anzi che no amantissimo, tornò in vigore l' antica legge, decretando che tutte le persone, tanto maschi che femmine, agnate, si dovessero ammettere alla successione dell' intestato defunto per diritto di agnazione. Ma tolta in appresso dal medesimo Imperatore la differenza fra agnati e cognati, tutta questa lunga disquisizione si è resa la sua parte inutile (84).

(82) Cod. Albert. art. 938. 939.
(83) Cod. Parmens. art. 846, 847.
(84) Nov. 118.

§. Hoc etiam, 4.

SOMMARIO

I. *Esposizione del testo.*

II. *Correzione del medesimo.*

III. *Se i figli de' fratelli premorti consuccedano con gli ascendenti; e, soli, se succedano in capi o in stirpi. Pratica del foro e legislazione straniera.*

IV. *Legislazione Pontificia e straniera.*

I. Nella fine del titolo precedente Giustiniano volle che i discendenti di femmina tenessero luogo di suoi eredi; nell' antecedente paragrafo restituì le ragioni sulla legittima successione alle femmine collocate oltre il secondo grado di agnazione. In questo paragrafo pone nell' òrdine degli agnati alcuni da lui scelti nell' ordine de' cognati, come i figli e le figlie delle sorelle, tanto consanguinei che uterini, e lo zio per parte di madre. Laonde, dietro il tenore di questa legge, i figli e le figlie della sorella, come pure lo zio per parte di madre, succedono unitamente a' figli del fratello ed allo zio per parte di padre. La divisione vien fatta in capi e non in stirpi. Nulladimeno secondo la disposizione di questo paragrafo, i figli e le figlie della sorella succedono solo nel caso che non siano superstiti altri fratelli e sorelle del defunto.

II. Questo paragrafo, dopo la legge nuovissima, si è reso del tutto inutile. Innanzi tratto i figli de' fratelli e delle sorelle oggigiorno escludono lo zio paterno e materno del defunto (85). In secondo luogo oggigiorno non solamente i figli delle sorelle, ma tutti i cognati ulteriori, succedono indistintamente conforme la prerogativa della prossimità loro (86). In terzo luogo i figli de' fratelli e delle sorelle germane succedono per rappresentazione allo zio, non ostante che sieno tuttora superstiti altri fratelli e sorelle del defunto (87). Finalmente, succedendo essi per rappresentazione, la divisione vien fatta in stirpi e non in capi (88). Alle quali cose si può aggiungere che, esistendo gli ascendenti, i fratelli e le sorelle germani del defunto oggigiorno consuccedono con essi.

(85) Vinnio, hic.
(86) Nov. 118.
(87) Nov. 118. cap. 3.
(88) Nov. 118. cap. 3. Nov. 127. cap. 1.

III. La nuovissima legislazione di Giustiniano lasciò luogo a dubitare I. se ritrovandosi superstiti solamente figli di fratelli o sorelle premorti, debbano questi consuccedere con gli ascendenti. II. Se trovandosi superstiti solo figli di fratelli o sorelle premorti, senza alcun ascendente, la divisione tra essi debba farsi in capi ovveramente in stirpi. Lasciando da parte le ragioni dagl' Interpreti allegate, per sostenere l' una o l' altra opinione (chè ciò sarebbe intempestivo, e d' altronde occuperebbe un grosso volume) quanto alla prima quistione, l' uso del foro decise che, sopravvivendo gli ascendenti, i figli de' fratelli e sorelle premorti vengano esclusi dalla successione, qualora non si ritrovi superstite alcuno degli stessi fratelli o sorelle, il quale, in certo qual modo, apra loro la strada alla rappresentazione (89). Concorda la giurisprudenza Toscana (90), e molto meglio quella degli Stati ereditari Tedeschi e delle provincie spettanti al governo di Milano, la quale in concorso degli ascendenti esclude anche i fratelli e sorelle medesime (91). Negli Stati Sardi, nel regno delle due Sicilie, nel Ducato di Parma e nella repubblica Ticinese i figli de' fratelli premorti, comecchè non esista alcun fratello o sorella, consuccedono con gli ascendenti, per diritto di rappresentazione e in istirpi (92). La legislazione Francese non accorda il diritto di succedere coi fratelli e sorelle del defunto e loro discendenti, che al padre ed alla madre (93). Donde in concorso de' fratelli e sorelle e loro discendenti, gli ascendenti più remoti vengono esclusi (94). Quanto alla seconda quistione, presso noi e in Toscana è indubitato che i figli de' fratelli premorti, qualora concorrano soli, succedono in capi e non in stirpi (95). Negli Stati ereditari Tedeschi, nelle provincie spettanti al governo di Milano, nel regno delle Due Sicilie, negli Stati Sardi,

(89) Ruota, nella Romana seu Asianen. legitimae, 15. Marzo 1743. Visconti, e nella confermatoria del 13. Maggio, dell' anno medesimo.

(90) Legge Toscana del 18. Agosto 1814. sulle successioni intestate art. 17.

(91) Cod. Austr. art. 735. 737.

(92) Cod. Albert. art. 936. Cod. delle D. S. art. 671. Cod. Parmens. art. 843. Cod. Ticin. art. 453. 454. Quanto a quest' ultimo Codice veggasi però quello che abbiamo detto nel §. 5. n. 4. in fin. tit. III. di questo libro.

(93) Cod. civ. Franc. art. 748.

(94) Cod. civ. Franc. art. 750.

(95) Ruota, nella Romana de Marescottis, 27. Febbr. 1637. Buccabella, nella med. del 18. Giugno, 1646. Verospio, Buratto e Adden. Decis. 352. Decis. 600. part. 5. Decis. 180. Decis. 279. part. 6. Decis. 178. part. 7. recen. Magnani, comm. all' editt. successor. Tosc. art. 23. n. 11. e seg.

ne' Ducati di Parma, Piacenza e Guastalla, nella repubblica del Ticino e in Francia, succedono per rappresentazione in stirpi e non in capi (96).

IV. Presso noi, pel favore concesso all' agnazione, i figli delle sorelle e tutti i cognati ulteriori, come pure le sorelle medesime, vengono escluse dai maschi agnati congiunti col defunto sino al terzo grado della computazione civile. Donde ne segue che siccome lo zio paterno del defunto è costituito nel terzo grado dell' agnazione, esclude dall' intestata eredità del nipote non solamente la di lui sorella; ma eziandio il figlio della medesima e lo zio materno, i quali anch' essi sono costituiti nel terzo grado di cognazione (97). Più estesa è l' esclusione della giurisprudenza Toscana, la quale, come altrove osservammo, opera sino al quarto grado inclusivamente (98). La giurisprudenza di Francia, del Belgio, degli Stati Sardi, delle Due Sicilie, de' Ducati di Parma, Piacenza e Guastalla, e della repubblica Ticinese, concorda col nuovissimo diritto Giustinianeo (99).

§. Si plures, 5.

SOMMARIO

Correzione di questo paragrafo.

Qualora vi siano più gradi di agnati, la legge delle XII. Tavole chiama alla successione il più prossimo. Laonde, se il defunto abbia un fratello, il figlio di un fratello premorto, e lo zio; il fratello, come più prossimo di tutti, esclude gli altri. Come osservammo nel paragrafo antecedente, secondo la nuovissima legge di Giustiniano, oggigiorno il figlio del fratello premorto gode del beneficio di rappresentazione, e perciò succede unitamente al superstite fratello del defunto (100).

(96) Cod. Austr. art. 731. Cod. delle D. S. art. 663. 672. Cod. Albert. art. 927. 938. Cod. Parmens. art. 834. 846. Cod. Ticin. art. 447. 455. Cod. Franc. art. 742. 750.

(97) Veggasi quello che abbiamo detto nel titolo V. di questo libro.

(98) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 1. di questo titolo n. 2. e nel luogo sopra citato.

(99) Cod. Franc. art. 750. Cod. Belg. eod. Cod. Albert. 938. Cod. delle D. S. art. 672. Cod. Parmens. art. 846. Cod. Ticin. art. 455.

(100) Nov. 118. reg. giud. §. 15.

§. Placebat, 7.

SOMMARIO

Inutilità di questa legge.

Secondo l' antico diritto, nelle eredità legittime non era luogo alla successione; qualora il più prossimo agnato, cui la legge deferiva i beni del defunto, avesse ripudiato o fosse morto prima dell' adizione, l' eredità non potea deferirsi al grado seguente. I Pretori, intendendo, come il solito, all' equità piuttosto che alle sottigliezze, vennero tosto in soccorso di quelli che si trovavano in grado più remoto, dando loro il possesso de' beni con l' editto *unde cognati*. Parendo a Giustiniano un assurdo che si dovesse negare all' agnazione quello ch' era concesso alla cognazione, stabilì che gli agnati dovessero avere la successione al pari de' cognati. Nulladimeno, tolta per legge nuovissima la differenza fra agnati e cognati, il beneficio contenuto in questo paragrafo è totalmente superfluo (101).

§. Ad legitimam, ult.

SOMMARIO

Inutilità della presente legge.

Sebbene, come altrove osservammo, il padre anticamente non avesse diritto di successione ne' beni del figlio emancipato, nulladimeno egli poteva succedere al medesimo, non come padre, ma come patrono. Ma dopo che per legge nuovissima di Giustiniano il padre fu chiamato a succedere in secondo luogo (102), questa può ritenersi come una cognizione meramente storica.

(101) Vinnio, hic, n. 3. Mynsing. eod. n. 13.
(102) Nov. 118.

TITOLO III.

DEL SC. TERTULLIANO

SOMMARIO

Cenni sul presente titolo.

L' ordine de' cognati non era dalla legge delle XII. Tavole contemplato. La madre del defunto, essendo cognata, non avea diritto di succedere al figlio, siccome il figlio non avea diritto di succedere alla madre. Nulladimenò, quando Roma divenne Monarchia, le madri furono abilitate in certi casi alle successioni (103). I Pretori, mossi dalla solita equità, dettero loro, mancando gli eredi legittimi, il possesso dei beni nell' ordine de' cognati. In appresso l' Imperatore Claudio accordò loro la successione de' figli, come per un conforto della perdita di essi; e il Senatoconsulto Tertulliano, fatto sotto l' Imperatore Adriano, l' accordò alle medesime, qualora avessero avuto tre figliuoli, s' erano ingenue; e qualora ne avessero avuti quattro, s' erano libertine. Ma siccome Giustiniano nella sua legge nuovissima accordò la successione alle madri indipendentemente dal numero de' figli, uguagliando la loro condizione a quella dei padri, così rese inutile la disposizione di questo Senatoconsulto e le costituzioni de' Principi suoi antecessori.

§. Lex duodecim,

Questo paragrafo è meramente accademico. Giustiniano non fa che riferire la disposizione dell' antica legge, la quale escludeva la madre dalla successione del figlio. Stimo che oggigiorno sia inutile.

§. Sed haec juris, 1.

Trattasi in questa legge della deroga fatta dall' Imperatore Claudio, per la quale la madre che anticamente, e solo per l' equità del Pretore, era chiamata alla successione dopo tutti gli agnati, venne in appresso chiamata per legge in forza del capo *unde legittimi*. Oggigiorno la madre viene chiamata alla successione del figlio in forza dell' ultima costituzione di Giustiniano, e perciò tengo che questo paragrafo non appartenga che a mera erudizione.

(103) Veggasi quello che abbiamo detto nel principio di questo libro, n. 3.

§. Postea autem, 2.

SOMMARIO

Correzione di questo testo.

Il Senatoconsulto Tertulliano dispose che se la madre fosse ella stessa soggetta alla potestà del padre o dell' avo, dovesse adire dietro il comando loro, nel qual caso l' emolumento dell' eredità spettava al padre o all' avo, non alla madre medesima Oggigiorno però, dietro la nuovissima legge di Giustiniano, simile eredità si ritiene come un bene avventizio; e quindi nell' adirla non v' ha mestieri del comando paterno (104); e il padre o l' avo non ne consegue l' intero vantaggio, ma solo l' usufrutto (105).

Vuolsi parimenti osservare che il SC. Tertulliano, forse per rispetto dell' antico diritto, non oltrepassò il grado della madre; e perciò l' ava era totalmente esclusa dalla successione del nepote. Oggigiorno, dietro la nuovissima legge di Giustiniano, anche l' ava succede al nipote, serbata però fra gli ascendenti la prerogativa del grado (106).

§. Praeferuntur, 3.

SOMMARIO

Osservazioni sul presente paragrafo.

Nella successione del figlio erano alla madre preferiti: I. I figli del defunto, e tutti quelli che avessero tenuto luogo di suoi eredi, tanto di primo che di grado ulteriore: II. Il padre naturale: III. I fratelli consanguinei. Le sorelle consanguinee erano ammesse con la madre. Siccome la legge non fa menzione che di fratelli e sorelle consanguinee, molti fra' Dottori inferiscono che il SC. Tertulliano escludesse dalla successione i fratelli e le sorelle uterine. Giustiniano però corresse la disposizione del SC. ammettendo alla successione anche questi unitamente alla madre (107)

(104) Nov. de haered. ab intest. §. si autem plurimum. Mynsing. hic. in fin.
(105) L. cum oportet, Cod. de bon. quae lib. Vinn. hic. Mynsing. eod. n. 4.
(106) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 5. n. 2. di questo titolo.
(107) §. 5. Inst. hoc. tit. Nov. 118. Veggasi quello che abbiamo detto nel citato §. 5. n. 2.

§. Sed nos, 4.

Osservammo nel principio di questo titolo che Giustiniano concesse alla madre la successione legittima del figlio indipendentemente dal numero de' figliuoli (108). Ma dopo che questo medesimo Imperatore nella sua legge nuovissima indistintamente e generalmente concesse al padre ed alla madre la successione de' figli intestati, morti senza discendenza (109), tutte queste disposizioni non sono che un inutile ripetizione (110).

§. Sed cum antea, 5.

SOMMARIO

I. *Correzione di questo paragrafo.*
II. *Legislazione Pontificia.*
III. *Se nell' odierna nostra legislazione, non esistendo fratelli germani o consanguinei del defunto, si debbano unitamente colla madre ammettere alla successione le figlie.*
IV. *Legislazione straniera.*

I. Giustiniano, derogando alle antiche leggi, dispone che la madre nella successione del figlio debba essere preferita a tutti gli eredi legittimi, eccettuati i fratelli e le sorelle germani, consanguinei e uterini del defunto. In questo caso egli le riserba la consuccessione, con questa differenza però, che se con la madre concorrano fratelli e sorelle tanto bilaterali che unilaterali, l' eredità si debba dividere metà per la madre e metà per gli altri: se con essa concorrano tanto sorelle che fratelli, si debba dividere per capi fra loro e la madre. Tutte queste disposizioni vennero poscia corrette dalla legge nuovissima, nella quale Giustiniano dispose che i fratelli e le sorelle congiunti al defunto da un lato soltanto fossero esclusi da fratelli e sorelle congiunti da entrambi i lati, facendosi fra loro la divisione in parti uguali (111).

II. Secondo l' odierna legislazione Pontificia il padre è preferito alla madre. Qualora egli non esista, le viene preservata la luttuosa successione del figlio a preferenza dell' avo o di altro ascendente più

(108) L. 2. Cod. de jur. lib.
(109) Nov. 118.
(110) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. seguente n. 2.
(111) Nov. 118.

remoto. Viene parimenti preservata alla medesima la consuccessione in concorso dei fratelli germani e dei fratelli consanguinei del defunto (112). Le parole medesime della legge fanno abbastanza conoscere che, in concorso di fratelli germani e consanguinei, gli uterini sono esclusi. Appare a occhi veggenti che le disposizioni dell' attuale nostra giurisprudenza, riguardo alla successione della madre, non in tutto conviene con l' antica, nuova e nuovissima legge, nè in tutto vi discorda. In primo luogo accordandosi dalla legislazione Pontificia la preferenza al padre, concorda con l' antico diritto, discorda dal nuovo e molto meglio dal nuovissimo. In secondo luogo, data alla madre la consuccessione in concorso de' fratelli germani e dei fratelli consanguinei del defunto, discorda dal primo, concorda pienamente col secondo, e in qualche parte con l' ultimo. In terzo luogo, esclusi i fratelli e sorelle uterini in concorso de' germani e dei consanguinei, concorda col primo e con l' ultimo, discorda dal medio. In quarto luogo escluse le sorelle in concorso de' maschi, discorda da tutti. Finalmente ammessa la divisione in parti uguali, senza distinguere i fratelli dalle sorelle, discorda dal diritto delle Istituzioni, concorda con quello delle Novelle.

III. Siccome, non ostante il privilegio dell' agnazione, l' odierna legge accorda espressamente alla sola madre la consuccessione in concorso de' fratelli germani e consanguinei del defunto, si può revocare in dubbio, se, non esistendo fratelli germani e consanguinei, debbano insieme alla madre ammettersi le figlie di lui e rispettive sorelle del defunto. Per la negativa si può dire che siccome la madre è preferita all' avo, proavo e fratelli cugini, i quali escludono dall' eredità le sorelle, così per ragione più forte debb' esser preferita alle sorelle medesime, secondo la regola legale, *si vinco vincentem te, multo magis vinco te*. Per l' affermativa si può dire che l' odierna nostra legge non considera la madre come un' agnata, cui competa la facoltà di escludere; ma che le accorda solo il privilegio di non essere ella stessa esclusa, pel favore dell' agnazione, in concorso dei fratelli germani e consanguinei. Questa sentenza non ammette alcun dubbio, e fu seguita dalla pratica de' nostri Tribunali (113).

IV. La giurisprudenza Toscana esclude la madre anche in concorso dell' avo e proavo paterno: l' esclude parimenti in concorso de' fratelli e figli de' fratelli, come pure in concorso de' soli figli di fratelli. Nel primo caso però le riserba il diritto agli alimenti; negli altri, una certa

(112) Reg. legislat. art. 10.
(113) Ruota, nella Tiphernen. successionis, 26. Giugno 1813. de silvestri.

quota nell' usufrutto (114). La legislazione di Francia, del Belgio, degli Stati Sardi, del regno delle Due Sicilie, degli Stati ereditari Tedeschi, di Lombardia, de' Ducati di Parma, Piacenza e Guastalla e della repubblica Ticinese, conformemente al nuovissimo diritto Giustinianeo, ammette alla successione tanto il padre che la madre; e, salvo il Codice Austriaco, concede, tanto all' uno che all' altra, la consuccessione in concorso de' fratelli germani del defunto (115). Il Codice Ticinese però, nel concorso degli ascendenti, non accorda la successione a' fratelli e sorelle del defunto, se non nel caso che manchino ascendenti della linea paterna o materna (116).

(114) Legge Toscana del 18. Agosto, 1814. delle successioni intestate art. 18. 19.

(115) Cod. civ. Franc. art. 746. 750. Cod. Belg. eod. Cod. Albert: art. 934. 938. Cod. delle D. S. art. 668. 672. Cod. Austr. art. 735. 737. Cod. Parmens. art. 841. 846. Cod. Ticin. art. 452.

(116) Cod. Ticin. art. 453. 454.

TITOLO IV.

DEL SC. ORFICIANO

SOMMARIO

Cenno sul presente titolo.

I figli non erano alla madre nè suoi eredi, nè agnati, e perciò la legge decemvirale non li contemplava nella materia delle successioni materne. Ma concesso che la madre potesse succedere a' figli, venne poco tempo dopo ugualmente concesso che i figli potessero succedere alla madre. Il Senatoconsulto Orficiano non fece che confermare una disposizione, la quale prima era stata introdotta solo dall' equità de' Pretori. Giustiniano nella sua legge nuovissima dette a' figli la successione legittima ne' beni materni (117), e con essa rese ugualmente inutili le disposizioni di questo senato, non che le costituzioni di tutti i suoi predecessori (118).

§. Sed cum ex hoc, 1.

SOMMARIO

Correzione di questo paragrafo

Gl' Imperatori Valentiniano, Teodosio ed Arcadio concessero che i nipoti potessero succedere all' ava, il che, forse per rispetto degli antichi costumi, non era stato dal SC. Orficiano stabilito. Secondo la legge nuovissima tutti i discendenti hanno un diritto uguale nella successione ab intestato, nè v' ha alcuna prerogativa di *suità*, di sesso o di agnazione (119). Laonde ritengo che la disposizione di questo paragrafo sia oggigiorno superflua.

(117) Nov. 118. cap. 1.
(118) Veggasi quello che abbiamo detto nel principio del titolo antecedente e nel. §. si nemo, n. 3. in fin. tit. II. di questo libro.
(119) Nov. 118.

§. Sciendum, 2.

SOMMARIO

Correzione del presente paragrafo.

La minima diminuzione di capo non pregiudicava in conto alcuno al diritto di successione riguardo ai SC. Orficiano e Tertulliano, essendo essi unicamente fondati sui rapporti del sangue. Quindi la madre succedeva al figlio emancipato, come viceversa il figlio emancipato succedeva alla madre; ciò che non avea luogo nelle successioni deferite per legge delle XII. Tavole. Tolta oggigiorno la differenza fra agnazione e cognazione, ritengo che questa distinzione sia parimenti inutile.

TITOLO V.

DELLA SUCCESSIONE DE' COGNATI

SOMMARIO

I. *Correzione di questo titolo. Diritto Giustinianeo.*
II. *Giurisprudenza. Pontificia.*
III. *Giurisprudenza Toscana.*
IV. *Giurisprudenza delle rimanenti legislazioni Italiane.*

I. Dopo i suoi eredi, dopo gli agnati e quelli che per legge e le costituzioni tenevano luogo degli uni o degli altri, non era nell'antico diritto altra sorta di successori legittimi. I Pretori però, mancando questi due ordini, chiamarono in terzo luogo i cognati, ossia i discendenti per parte di femmina, a' quali concessero il possesso de' beni a preferenza del fisco. Come più volte osservammo, tolta da Giustiniano la prerogativa dell' agnazione, i cognati succedono oggigiorno per diritto civile, al pari degli agnati, nè fa più loro mestieri dell' editto del Pretore (120).

II. L' attuale nostra legislazione, basata sulle traccie stabilite da Giustiniano riguardo alla prerogativa dell' ordine, devia nello stesso tempo dalla sua legge nuovissima pel privilegio da essa accordato alla qualità di maschio. Gli agnati sono chiamati a succedere in preferenza de' cognati; ma secondo l' ordine prefisso da Giustiniano, non secondo quello prefisso dalle leggi romane. Giova però avvertire che lo spirito agnatizio dell' attuale nostra legislazione è molto più animato che quello dell' antica. Imperciocchè per legge delle XII Tavole non veggiamo escluse dall' intestata eredità del padre o dell' avo le figlie medesime; nè da quella de' fratelli le sorelle; le quali, come suoi eredi, od agnate, consuccedevano insieme a' figli ed a' fratelli (121). Ma la nostra legge esclude tanto le une che le altre al pari de' loro discendenti, tanto maschi che femmine, accordando la preferenza a' maschi agnati, sebbene di grado più remoti (122).

(120) Nov. 118.

(121) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 2. n. 1. 2. tit. I. e nel §. 3. tit. II. di questo libro.

(122) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 15. n. 3. tit. I. e nel §. 4. n. 3. tit. II. di questo libro.

Laonde, secondo l'editto successorio Pontificio, l'intestata successione in primo luogo è devoluta alla linea discendentale, poscia all'ascendentale, e finalmente alla collaterale. Ma siccome nel nome di discendenti, ascendenti e collaterali, sono in genere comprese anche le femmine, la legge nell'invitato successore unisce la qualità di maschio. Epperò nella prima linea i figli maschi e gli altri discendenti maschi godono della preferenza sopra le figlie e i cognati, sebbene uguali o di grado più prossimo (123): nella seconda, il padre, l'avo paterno o altro ascendente maschio gode della preferenza sopra le ascendenti femmine, sebbene prossimiori di grado (124): nella terza, i maschi agnati, congiunti col defunto sino al terzo grado di computazione civile inclusivamente, godono della preferenza sopra le femmine e loro figli e discendenti dell'uno e dell'altro sesso, sebbene parimenti in uguale ó più prossimo grado (125). Nel concorso de' maschi ed agnati sopraddetti sono ugualmente escluse da ogni consuccessione le avole, proavole ed altre ascendenti femmine, tanto dell'uno che dell'altro lato, come pure tutti gli ascendenti maschi del defunto congiunti per lato materno (126). Questa correzione delle leggi civili ha però luogo, solo nel caso che si tratti di succedere a un discendente, ascendente o collaterale maschio dell'agnazione; quindi nell'eredità delle femmine, e generalmente in tutti i casi sopra non espressi, gli agnati e i cognati, i maschi e le femmine, succedono indistintamente nella forma prescritta dal diritto nuovissimo Giustinianeo (127).

III. Nella vicina Toscana l'ordine delle successioni è parimenti conforme al diritto nuovissimo di Giustiniano; ma, quanto alle innovazioni ivi recate pel favore dell'agnazione, spesso concorda con le antiche leggi de' romani. L'eredità in primo luogo è devoluta a' discendenti, in secondo luogo agli ascendenti, in terzo luogo a' collaterali. Nel primo ordine i figli nati da qualunque matrimonio e i loro discendenti maschi di maschio, legittimi e naturali, sono preferiti alle figlie e altre discendenti femmine, come pure a' discendenti da esse, qualunque sia il grado della loro prossimità (128). Nel secondo ordine il padre e gli altri ascendenti maschi della linea paterna sono pre-

(123) Reg. legislat. art. 9. M. P. Piano, art. 104. M. P. Leonino, art. 119.

(124) Reg. legislat. art. 10. Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 5. n. 3. tit. III. di questo libro.

(125) Reg. legislat. art. 11. M. P. Piano, art. 106. M. P. Leonino, art. 121.

(126) Reg. legislat. art. 13. M. P. Piano, art. 107. M. P. Leonino, art. 122.

(127) Reg. legislat. art. 14. e 16. M. P. P. art. 110. 108. M. P. L. art. 125. 123.

(128) Legge Toscana del 18. Agosto, 1814. sulle successioni intestate art. 6.

feriti alla madre e alle altre ascendenti femmine della medesima linea, non che a tutti gli ascendenti tanto maschi che femmine della linea materna (129). Nel terz' ordine i fratelli del defunto, i figli maschi de' fratelli premorti e gli agnati maschi trasversali, serbata la prerogativa della prossimità sino al quarto grado inclusivo, sono preferiti alle sorelle non che a' maschi cognati (130). La giurisprudenza Toscana devia dal diritto Giustinianeo anche nella successione alla madre, mentre accorda la preferenza a' figli nati da qualunque matrimonio, e loro discendenti maschi di maschio, sopra le figlie e altre discendenti femmine, e loro discendenti, qualunque sia il grado della loro prossimità (131).

Tutte queste modificazioni riguardo alla prelativa successione dei figli e loro discendenti maschi di maschio, degli ascendenti maschi della linea paterna e degli agnati maschi collaterali fino al quarto grado inclusivo, hanno però luogo solo nel caso che si tratti di succedere ad un maschio, o ascendente della linea paterna, o discendente da maschio o agnato collaterale. E perciò, se si tratta di succedere a una femmina, o a un ascendente maschio della linea materna, o a un maschio cognato (salvo l' eccezione riguardo alla successione de' discendenti nell' eredità della madre) la successione, senza distinguere i maschi dalle femmine, gli agnati da' cognati, si regola a termini del diritto civile romano (132).

IV. Le vigenti legislazioni del regno delle Due Sicilie, de' Ducati di Parma, Piacenza e Guastalla, del Cantone Ticinese, della Francia, del Belgio, per regola generale quella degli Stati Sardi, e, salvo alcune differenze, quella dell' Austria, senza distinguere i maschi dalle femmine, gli agnati da' cognati, seguirono nelle successioni intestate, l' ordine da Giustiniano ultimamente stabilito (133).

(129) D. legge art. 16. art. 18.
(130) D. legge art. 23.
(131) D. legge art. 7.
(132) D. legge art. 25.
(133) Cod. delle D. S. art. 654. Cod. Parmens. art. 820. Cod. Ticin. art. 434. Cod. Franc. art. 731. Cod. Belg. eod. Cod Albert. art. 915. Cod. Austr. art. 730. e seg.

§. Qua parte, 1.

SOMMARIO

Correzione del presente paragrafo.

Fra' cognati in terzo luogo dal Pretore invitati alla successione sono i fratelli incorsi nella minima diminuzione di capo; imperciocchè essi non potessero succedere al fratello ritenuto nella patria potestà dell' ascendente nè per diritto civile, nè per l' editto del Pretore *unde legittimi*. In appresso Anastasio volle che i fratelli e le sorelle emancipati succedessero al pari de' fratelli e delle sorelle non emancipati, con questa differenza però che i primi conseguissero solo una terza parte; i secondi il rimanente (134). Finalmente Giustiniano, correggendo la disposizione di questo paragrafo, volle che tanto i primi, quanto i secondi, succedessero indistintamente e senza alcuna diminuzione (135).

§. Eos etiam, 2.

SOMMARIO

Correzione di questo testo. Leggi Pontificie e Toscane.

I figli e le figlie delle sorelle sono nell' ordine de' cognati, ossia nel terzo, e perciò nell' intestata successione sono posposti a' figli dei fratelli, i quali sono nell' ordine degli agnati, ossia nel secondo. Dietro la legge nuovissima tanto i primi che i secondi sono nel medesimo grado, e succedono con ugual diritto (136). Presso noi e in Toscana, quantunque d' altronde sia adottato l' ordine stabilito da Giustiniano, pel favore concesso all' agnazione, i figli e discendenti per parte di sorella, sono esclusi da' figli o discendenti per parte di fratello (137).

(134) Mynsing. hic.
(135) L. ult. Cod. de legit. haered.
(136) Nov. 118.
(137) Veggasi quello che abbiamo detto nel principio di questo titolo n. 2. e seg.

§. Hoc loco, 5.

SOMMARIO

Correzione di questo paragrafo.

Secondo l'antico diritto da Giustiniano adottato nelle sue Istituzioni, gli agnati trasversali si ammettevano alla successione del defunto sino al decimo grado; i cognati non più oltre del sesto, e in qualche caso del settimo. Tolta la differenza fra agnati e cognati, tanto gli uni che gli altri succedono oggigiorno indistintamente sino al decimo (138). Parecchi tra' giuristi sono di parere diverso (139). Ma presso noi, in Toscana e nel Cantone del Ticino è ricevuta la prima sentenza (140). Negli Stati Sardi, nel regno delle Due Sicilie, ne' Ducati di Parma, Piacenza e Guastalla, in Francia e nel Belgio, gli agnati trasversali sono ammessi a succedere sino al grado duodecimo (141).

(138) Nov. 118.

(139) Veggasi lo Stryk. de success. ab intest. diss. 3. cap. 1. §. 29. Vinnio, hic. 1. n. 3. Huber. praelect. ad. Inst. lib. 3. de success. ab intest. n. 16.

(140) Card. de Luc. de success, ab intest. in summ. n. 17. Legge Toscana del 18. Agosto, 1814. sulle success. intest. art. 23. Cod. Ticin. art. 457.

(141) Cod. Albert. art. 941. Cod. delle D. S. art. 673. Cod. Parmens. art. 849. Cod. Franc. art. 755. Cod. Belg. eod.

TITOLO VI.

DEI GRADI DI COGNAZIONE

SOMMARIO

Differenza fra il diritto Civile e Canonico.

La computazione de' gradi è di due sorte: civile e canonica. La precipua differenza fra l' una e l' altra consiste nella linea trasversale (142). Nella linea retta ascendentale e discendentale sono perfettamente concordi; imperciocchè tanto il diritto civile che il canonico, tolto lo stipite, numera in esse tanti gradi, quante sono le persone. Presso i romani quella medesima computazione di gradi che regolava la materia delle nozze, regolava parimenti la materia delle successioni. Presso noi, in Toscana, ne' Ducati di Parma, Piacenza e Guastalla, e nel Cantone Ticinese nella materia de' matrimoni ha luogo la computazione canonica, nella materia delle successioni la civile (143). In Francia, nel regno delle Due Sicilie, e in altri luoghi la computazione civile è ammessa indistintamente (144).

§. Secundo, 2.

SOMMARIO

Diritto Canonico.

Per diritto civile il fratello e la sorella sono fra loro distanti due gradi: per diritto canonico sono distanti un grado soltanto (145).

(142) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 4. tit. X. lib. I. Istit.

(143) Magnani, comm. all' editt. successor. Tosc. art. 2. n. 10. Cod. Parmens. art. 34. Risol. Sovran. del 7. Dicembre, 1820. n. 177. Cod. Ticin. art. 56.

(144) Cod. civ. Franc. art. 162. Cod. delle D. S. art. 160.

(145) C. ad sedem, c. parentela, causs. 35. q. 5.

§. Tertio, 3.

SOMMARIO

Diritto Canonico.

Per diritto civile tra padre e figlio v' ha un grado di distanza; fra l' avo e il nipote, tra fratello e sorella, due; tra il proavo e il pronipote, fra il nipote e lo zio, tre. Siccome il diritto Canonico discorda solo nella linea trasversale, così, ferme le distanze nella linea ascendentale e discendentale, per diritto Canonico uno solo è il grado di distanza tra il fratello e la sorella, e due fra il nipote e lo zio.

§. Quarto, 4.

SOMMARIO

Diritto Canonico.

Per diritto civile tra il prozio e il pronipote, ossia trà il fratello dell' avo e il figlio del nipote; tra' figli di due fratelli, ossia tra due cugini, sonovi ugualmente quattro gradi di distanza. Per diritto Canonico ve n' ha tre tra il prozio e il pronipote; e due tra fratelli cugini.

§. Quinto, 5.

SOMMARIO

Diritto Canonico.

Per diritto civile tra il fratello del proavo e il figlio del pronipote, come parimenti tra il fratello cugino e il figlio del fratello cugino, sono cinque gradi di distanza. Per diritto Canonico ve n' ha quattro nel primo caso; e tre nel secondo.

§. Sexto, 6.

SOMMARIO

Diritto Canonico.

Per diritto civile tra il fratello dell' avo; e il figlio del terzo nipote; tra il fratello cugino e il pronipote di un altro cugino, come parimenti tra figli di due cugini, v' hanno ugualmente sei gradi di distanza. Per diritto Canonico ve ne sono cinque nel primo caso, quattro nel secondo, e tre nel terzo.

TITOLO VII.

DELLA COGNAZIONE SERVILE

SOMMARIO

Inutilità del presente titolo.

Cognazione servile chiamavasi quella congiunzione di sangue che i figli de' servi contraevano co' loro parenti. L' uso e la forza di essa non poteva aver luogo che sciolta la servitù; imperciocchè, mentr' essa durava, i servi nulla avevano del proprio, e per conseguenza non potevano nè succedere, nè aver successore. Anticamente queste cognazioni servili non erano tenute in conto alcuno. Se una madre, per esempio, fosse stata manomessa unitamente a' suoi figli, premorendo o l' una o gli altri, nè la madre poteva succedere a' figli, in forza del SC. Tertulliano; nè i figli alla madre in forza del SC. Orficiano. L' Imperatore fu il primo che, a simiglianza di quelli che sono procreati da legittime nozze, escludendo il patrono, concesse loro la successione. Abolita la servitù (146), la materia di questo titolo è del tutto superflua (147).

§. Repetitis, 1.

Il presente paragrafo, in compendio, abbraccia tutte le disposizioni trattate ne' titoli antecedenti; e perciò, senza farne una lunga ripetizione, se ne possono riscontrare le correzioni a' suoi luoghi rispettivi.

(146) Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. III. lib, I. Istit.
(147) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 10. tit. X. lib. I. Istit.

TITOLO VIII.

DELLE SUCCESSIONI DE' LIBERTI

SOMMARIO

Inutilità del presente titolo.

Il vocabolo successione, come osserva il Vinnio, viene in questo titolo usurpato passivamente, non attivamente; ossia in quanto riguarda le ragioni del padrone manomissore ne' beni del servo manomesso. I Pretori, la legge Papia e da ultimo Giustiniano si fecero a regolare le suddette ragioni, le quali, prima della legge delle XII. Tavole, erano negligentate. Abolita la servitù, e con essa i liberti, tutte le disposizioni de' Pretori, della legge Papia e di Giustiniano sopra questa materia si resero totalmente inutili (148).

§. Nunc,

SOMMARIO

Inutilità del presente paragrafo.

Il patrono riguardavasi come l'agnato del manomesso (149). Se il manomesso fosse morto senza testamento, nè avesse lasciato superstite alcun figlio legittimo, naturale o adottivo, per legge delle XII. Tavole il patrono succedeva ne' beni di lui. Del resto, siccome la medesima legge concedeva a tutti i cittadini di poter disporre del loro a proprio piacimento, così ne veniva per conseguenza che il manomesso, facendo testamento, poteva impunemente preterirlo. Tutto ciò, prescindendo dall' essere questa una materia antiquata, non è che una mera erudizione, mentre per le susseguenti leggi de' romani, e finalmente per le costituzioni di Giustiniano, la libera facoltà de' manomessi venne limitata e corretta.

(148) Veggasi quello che abbiamo detto nel titolo III. lib. I. Istit.
(149) Cujac. lib. 20. obs. 30.

§. Qua de causa, 1.

SOMMARIO

Inutilità del presente paragrafo.

Il Pretore, correggendo la legge civile, volle che tanto per testamento quanto ab intestato il patrono non potesse essere escluso dalla successione, che da' figli legittimi del manomesso, senza distinguere i suoi dagli emancipati. Se il liberto avesse istituito eredi persone straniere o figli adottivi, oppure se fosse morto intestato, lasciando superstite solamente figli di quest' ultima qualità, il patrono era chiamato a succedere nella metà de' beni. Questo paragrafo, al pari dell' antecedente, oggigiorno non ha verun uso.

§. Postea vero, 2.

SOMMARIO

Inutilità del presente paragrafo.

La legge Papia, prendendo di mira i liberti più ricchi, dispose che, se il manomesso avesse avuto un patrimonio di centomila sesterzi, nè avesse lasciato più di tre figli, tanto per testamento che ab intestato, il patrono fosse ammesso a succedere nella porzione virile. Pe' liberti meno ricchi e per quelli che avessero lasciati tre o più figli, vigeva tuttavia l' antico diritto. Di questa disposizione della legge Papia oggigiorno poco sappiamo che farne.

§. Sed nostrae, 3.

SOMMARIO

Inutilità del presente paragrafo.

Mostra che a' tempi di Giustiniano l' impero fosse meno ricco che sotto Augusto, essendosi stimato opportuno di dover diminuire la proporzione. Volle l' Imperatore che se il liberto fosse morto intestato, senza lasciar figliuoli, succedesse il patrono: se fosse morto con testamento, e avesse istituito eredi stranieri, si dovesse al preterito pa-

trono dare la terza parte de' beni libera da ogni peso di legati e fidecommissi, qualora avesse posseduto più di cento aurei: se avesse posseduto meno, il patrono poteva venire escluso da qualunque erede. Per le ragioni altrove allegate apprendiamo che questo paragrafo è totalmente superfluo (150). Poco giova il riferire le ragioni di succedere secondo l' ordine e il grado de' manomissori, mentre non sono differenti da quelle degli agnati (151); e, d' altronde, spettando esse ad una materia fuor d' uso, non franca la spesa d' impiegarvi più tempo.

§. Sed haec, ult.

SOMMARIO

Inutilità del presente paragrafo.

Fra liberti era anticamente somma differenza. Secondo la qualità del padrone manomissore, o il modo di manomettere o la persona del manomesso, altri diventavano cittadini romani, altri latini Giuniani, altri dedítizi. Siccome la facoltà di testare non apparteneva che a' primi, è chiaro che tutte le disposizioni delle precedenti leggi non erano applicabili che a quelli solamente. Tolta da Giustiniano la libertà deditizia e latina (152), ed ultimamente uguagliata dal medesimo la condizione de' libertini a quella degl' ingenui (153), questa differenza è rimasta uno studio meramente storico, quanto apprezzabile nelle accademie, altrettanto inutile nella pratica.

(150) Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. III. lib. I. e generalmente in tutto questo titolo.
(151) Vinnio, hic.
(152) L. ult. Cod. de latin. lib. toll.
(153) Nov. 78.

TITOLO IX.

DELL' ASSEGNAZIONE DE' LIBERTI

SOMMARIO

Inutilità del presente titolo.

Secondo la natura delle successioni, morto il patrono, i diritti del patronato si trasmettevano a' figli di lui. Un Senatoconsulto, fatto a' tempi di Claudio, permise al patrono di potere assegnare uno o più liberti a uno o più figli (154), di qualunque sesso o grado (155), ritenuti nella di lui patria potestà (156), i quali per conseguenza potessero succedere nel gius patronato a preferenza degli altri. Del resto, se il figlio, cui erasi assegnato il manomesso, veniva ad essere emancipato, l' assegnazione era nulla (157): se moriva senza prole, anche dopo morto il patrono, tutto rientrava nel diritto comune, e il diritto di patronato sull' assegnato liberto, ritornava agli altri figli (158). Siccome questo titolo non è che una connessione dell' antecedente, così può farsi al medesimo la medesima osservazione.

(154) Hic in princ,
(155) Hic §. 1.
(156) Hic §. 2.
(157) Hic §. 2.
(158) Hic. in princ.

TITOLO X.

DELLE POSSESSIONI DE' BENI

SOMMARIO

I. La legge delle XII. Tavole aveva di troppo angusti limiti costretto le successioni intestate. I Pretori e le costituzioni de' Principi cominciarono poco per volta a renderle meno anguste, ponendo nell' ordine de' suoi eredi o degli agnati persone che prima tali non erano (159). Poscia i Pretori medesimi, di per sè soli, facendo più presto da correttori che da ministri delle leggi civili, mediante le loro possessioni de' beni si fecero scopertamente ad ampliarle. La possessione de' beni era di due sorta; edittale e decretale. L' edittale, di cui si tratta in questo titolo, solevasi, senza cognizione di causa, concedere da' Pretori in soccorso di que' congiunti che dal testatore o dalle leggi fossero stati trascurati. Essa era di due specie, imperciocchè di due specie fosse la ragione di succedere, cioè per testamento e ab intestato. Sussistendo il testamento, la possessione de' beni davasi secondo le tavole o contro le tavole. Non sussistendo testamento, davasi in forza dell' editto *unde liberi, unde legittimi, unde cognati, unde vir et uxor.*

La possessione de' beni secondo le tavole solevasi concedere a quelli che si fossero trovati in caso di abbisognarne; il che, per esempio, sarebbe avvenuto, se il testatore nel tempo intermedio fosse incorso nella diminuzione di capo.

La possessione de' beni contro le tavole solevasi accordare a' figli emancipati, dal padre o dall' avo nel testamento preteriti; imperciocchè, siccome appartenenti a una famiglia diversa, e' non potessero impugnare la disposizione paterna per diritto civile.

(159) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 2. n. 4. §. 16. tit. I. e nel §. 3. tit. II. di questo libro.

Mediante la possessione de' beni in forza dell' editto *unde liberi* venivano ammessi all' eredità gli stessi figli emancipati, i quali per la ragione sopra allegata erano ugualmente esclusi dall' ordine degli eredi legittimi.

La possessione de' beni *unde legittimi*, riguardava propriamente gli stessi eredi chiamati dalla legge; e questa fu da' Pretori aggiunta, acciocchè ne' loro editti fossero compresi tutti gli ordini di successioni.

Mediante la possessione de' beni *unde cognati* venivano ammessi all' eredità i discendenti per parte di femmina, a' quali, come altrove osservammo, era negato ogni diritto di successione legittima.

Finalmente mediante la possessione de' beni in forza dell' editto *unde vir et uxor*, qualora mancassero tutti i predetti successori, venivano chiamati all' eredità il marito e la moglie, purchè il matrimonio fosse stato legittimo e non disciolto.

II. Queste possessioni de' beni differivano dall' eredità in quanto le prime erano un mero parto del diritto pretorio, le seconde del diritto civile. I possessori de' beni non erano veramente eredi; imperciocchè la licenza di fare eredi legittimi spettava solamente alle leggi, non a' Pretori. Dovevano quindi i suddetti possessori comparire in giudizio, domandare il possesso, e, ottenutolo, mostrare coll' occupazione l' animo di voler ritenere ed acquistare il patrimonio del defunto. Gli eredi, all' opposto, erano esenti da siffatta formalità, bastando dichiarassero sè voler essere eredi; e quindi, se stranieri, adissero; se suoi, s' immischiassero (160). Non ostante però che il Pretore non potesse arrogarsi le parti di far degli eredi, nulladimeno i possessori de' beni acquistavano l' eredità al pari degli eredi medesimi; in effetto gli uni dagli altri non differivano punto; di maniera, che tutto ciò che le leggi avessero disposto riguardo agli eredi legittimi, regolarmente si teneva disposto anche riguardo a simili possessori (161).

III. Ma come prima Giustiniano, deviando dalle antiche leggi, tolse ogni distinzione tra' figli suoi ed emancipati, fra agnati e cognati, accordando indistintamente la successione legittima non solo a' discendenti sottratti al paterno potere; ma eziandio a' discendenti per parte di femmina: tosto che questo Imperatore volle che tutte le persone poste nell' ordine de' discendenti, ascendenti o collaterali, secondo la prerogativa della loro prossimità, avessero un diritto ab intestato so-

(160) Mynsing. hic. §. 1. in princ.

(161) Forster, lib. 2. de succes. cap. 20. Donell. comm. jur. civ. lib. 7. cap. 14. et ibi Hilliger. Brunemman, in l. 2. ff. de bonor. possess.

prà una porzione de' beni del defunto; e, preteriti, potessero, tutti indistintamente, con un rimedio legittimo richiamarsi dell'inofficioso testamento; queste possessioni de' beni cominciarono a diventare inutili, e poco per volta si dileguarono dall' uso. Oggigiorno tutti quelli che succedono in forza di testamento o in forza della legge, tolte le scrupulose distinzioni degli antichi, ridotto il diritto pretorio in consonanza col civile, si chiamano e sono veramente eredi (162). Donde tutta la materia di questo titolo non si riduce che a uno studio meramente storico, il quale, se può essere d'intrattenimento nelle scuole, non è che un perdimento di tempo nella pratica (163).

IV. Indi ne segue che, tolta la differenza fra eredità e possessione de' beni, qualunque erede oggigiorno per dimostrare a' terzi la sua qualifica, dee far uso dell' adizione o immischiamento (164). Quest' atto però non fa acquistare il possesso de' beni materiali; che anzi, sebbene negli eredi legittimi, e specialmente ne' suoi, la qualifica ereditaria passi ipso jure, nulladimeno neppur' essi colla semplice adizione acquistano il suddetto possesso (165), facendo mestieri tanto per essi quanto per qualunque altro erede del corporale prendimento delle cose ereditarie, ossia dell' occupazione e possesso naturale. Ma questo possesso è di gran lunga differente da quello, di cui si tratta nel presente titolo. Imperciocchè il possesso de' beni che anticamente accordava il Pretore, era in effetto un' eredità, cosa di mero diritto: il possesso che oggigiorno accorda il giudice o il tribunale, è cosa di mero fatto e detenzione corporale. Il primo è fuor d'uso; il secondo è veramente in uso, si regola con modi tutti diversi dal primo, e nelle curie si suole distinguere col nome d' immissione (166).

V. In Francia, seguendosi il principio da qualche tempo invalso ed ammesso da molte leggi municipali (167) che *le mort saisit le vif*, ossia che il defunto trasmette il possesso nel vivo, l'erede legittimo occupa immediatamente in faccia alla legge il patrimonio del defunto, senza bisogno di adire e domandare il possesso (168). Io, per me,

(162) Card. de Luc. hic in fin. Autumnus, Confer. ff. hoc tit. et Cod. de bonor. poss. secund. tab. cum tit. seqq.

(163) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 7. n. 3. tit. II. lib. I. Istit.

(164) Vinnio, hoc. tit. §. ult. in fin.

(165) Voet, comm. ad Pand. tit. de adq. haered.

(166) Card. de Luc. de judic. disc. 1. n. 19.

(167) Veggasi Amat. resol. 39. Card. de Luc. de success. ab intest. disc. 38. n. 2. Ruota, decis. 176. 195. Ottobon.

(168) Pothier, traitè des successions, ch. 3. sect. 2. Cod. civ. Franc. art. 724.

reputo che, siccome la legge dee togliere più che sia possibile l' occasione alle vertenze ed ai litigi, savissima sia questa disposizione, la quale tende a rimuovere qualunque quistione che può facilmente nascere circa l' avere, o no, l' erede conseguito il possesso di tutta o' parte dell' eredità, o di alcun fondo o di alcuna cosa spettante all' eredità stessa (169). Da questo principio però non segue che l' erede succeduto ab intestato sia tenuto ed astretto a tutti gli obblighi inerenti alla qualità di erede; ma bensì ch' egli acquisti il pieno diritto dell' eredità indipendentemente da qualunque atto di adizione, con cui resta derogato al principio della legge comune che l' eredità non adita non si trasmette (170). Le moderne legislazioni di Toscana, quella delle Due Sicilie, degli Stati Sardi, de' Ducati di Parma, Piacenza e Guastalla, e del Cantone Ticinese, hanno proclamato lo stesso principio (171). Questo però in alcuna delle suddette legislazioni non ha luogo in favore de' figli naturali, del conjuge e dello Stato (172). Secondo la legislazione Austriaca, provato il diritto di succedere, l'immissione nel possesso legale dell'eredità dee domandarsi al giudice (173).

§. Jus bonorum,

SOMMARIO

Cenno sul presente paragrafo.

Espone Giustiniano in questo paragrafo le ragioni, per cui furono da' Pretori introdotte le possessioni de' beni. Siccome queste ragioni più non sussistono, dacchè l' ordine de' successori legittimi comprende oggigiorno anche quelle persone, le quali anticamente non succedevano che per diritto pretorio, appare chiaro abbastanza che tutta la narrativa contenuta in questa legge non è più che uno studio di mera erudizione.

(169) Magnani, comm. all' editt. successor. Toscan. art. 3. n. 21.
(170) Magnani, d. luogo n. 23.
(171) Legge Toscana del 18. Agosto 1814. sulle success. intest. art. 3. Cod. delle D. S. art. 645. Cod. Albert. art. 967. Cod. Parmens. art. 824. Cod. Ticin. art. 435,
(172) Cod. civ. Franc. d. art. 724. Cod. delle D. S. d. art. 645. Cod. Albert. art. 968. Cod. Parmens, art. 822.
(173) Cod. Austr. art. 797.

§. Quos autem, 1.

I Pretori erano custodi, non arbitri delle leggi, epperò non era in loro facoltà di fare eredi legittimi. Confuso oggigiorno il diritto pretorio col civile, sono veramente e propriamente eredi tutti quelli che succedono all' eredità del defunto tanto testata che intestata (174).

§. Sunt autem, 2.

SOMMARIO

Inutilità del presente paragrafo.

Ammesse le possessioni de' beni *secundum tabulas e contra tabulas*, le quali, come sopra osservammo, s' accordavano allorchè vi era il testamento, le rimanenti che si concedevano ab intestato, erano di otto specie. Giustiniano le numera in questo paragrafo; ma tutto ciò non appartiene che a mero studio accademico, essendo stato dal medesimo Imperatore gran parte abolito (175).

§. Sed eas, 3.

SOMMARIO

I. *Correzione del presente paragrafo.*
II. *Osservazioni sulla successione del conjuge in forza dell' editto* unde vir et uxor, *ed uso della medesima.*
III. *Osservazioni sulla successione della moglie povera secondo l' autentica* Praeterea Cod. unde vir et uxor.
IV. *Estensione ed uso della suddetta legge.*
V. *Legislazione straniera.*

I. Giustiniano, deviando dall' antico diritto, toglie in questo paragrafo parecchie delle possessioni de' beni accennate nella legge precedente, rilasciando in vigore solo le quattro derivanti dall' editto *unde liberi*, *unde legittimi*, *unde cognati*, *unde vir et uxor*. Del resto, tolta per legge nuovissima la differenza fra agnazione e cognazione,

(174) Veggasi quello che abbiamo detto nel princ. di questo titolo, n. 3.
(175) §. seq.

mutato l' ordine de' successori, abolita la prerogativa del sesso e della famiglia, le possessioni de' beni *unde liberi*, *unde legittimi*, *unde cognati* non sono oggigiorno di alcun utile ed uso (176).

II. Cadute in disuso presso i Romani le antiche maniere di menare in moglie, per le quali la donna, entrando nella potestà del marito, come suo erede conseguiva il diritto di potergli succedere ab intestato (177), furono solleciti i Pretori, mancando gli altri ordini degli eredi sopraccennati, di darle mediante l' editto *unde vir et uxor* la successione del marito in preferenza del fisco. Siccome questo editto dal Pretore venne in appresso confermato da Giustiniano, ritengo che negli odierni costumi, in cui tale successione è sanzionata dall' autorità imperiale, tolta l' inutile differenza fra diritto civile, e pretorio, il coniuge succeda anch' esso come erede legittimo (178). Essendo però difficile che il defunto non lasci superstiti de' congiunti sino al decimo o dodicesimo grado, la successione del coniuge in pratica è rarissima (179). Essa nulladimeno è sancita da tutte le vigenti legislazioni (180).

III. Meno rara in pratica, sebbene neppur essa molto frequente (181), è quella successione particolare da Giustiniano introdotta in favore della moglie indotata e povera (182). Imperciocchè, volendo l' Imperatore di decente sussistenza provvedere quella vedova che dopo aver convissuto in matrimonio con uomo ricco ed agiato, lui morto, si ritrovasse priva di mezzi per sostenersi; ottimamente dispose, dovesse la medesima consuccedere co' figli e co' parenti del defunto, assegnandole l' assoluta proprietà nella quarta parte dell' asse ereditario, qualora non esistesse alcun figlio; l' usufrutto del medesimo quarto, qualora, esistendo figli, fossero in numero meno di quattro; e l' usufrutto della sola porzione virile, qualora i figli il numero di quattro superassero (183).

(176) Vinnio, hic. n. 2. Mynsing. hic. n. 5. Cristin. vol. 4. decis. 1.

(177) Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. X. n. 5. 6. lib. I. Istit.

(178) Tit. Cod. unde vir et uxor. Veggasi quello abbiamo detto nel §. 7. n. 3. tit. II. lib. I. Istit.

(179) Card. de Luc. de success. ab intest. disc. 39. n. 4.

(180) Cod. Franc. art. 767. Cod. delle D. S. art. 683. Cod. Albert. art. 961. L. Tosc. del 18. Agosto 1814. sulle success. intest. art. 26. Cod. Austr. art. 749. Cod. Parmens. art. 857. Cod. Ticin. art. 458.

(181) Card. de Luc. de success. ab intest. d. disc. 29. n. 5.

(182) Nov. 53. Nov. 117. und. Auth. praeterea Cod. unde vir et uxor.

(183) Matth. Stephan. Explicat. Nov. 118. Stryk. de succ. ab int. diss. 4. §. 37.

IV. Questo privilegio da Giustiniano concesso alla sola moglie vedova e povera venne dalla maggior parte degl' interpreti esteso anche al vedovo. E sebbene altri per le chiare ed espresse parole della legge (184) siano di sentimento che il marito ne debba essere escluso (185), nulladimeno prevalse in pratica l' opinione de' primi (186). Vuolsi però avvertire che l' uso del foro ritiene questo privilegio come esorbitante ed odioso (187). In molti paesi neppur venne ricevuto (188), e generalmente i Tribunali ne' casi pratici si mostrano più propensi ad accordare alla vedova un congruo assegno pel di lei decente mantenimento, anzi che ammetterla a succedere nella parte dell' eredità da Giustiniano stabilita (189).

V. Le vigenti legislazioni della Toscana, degli Stati Sardi, di Parma Piacenza e Guastalla, degli Stati ereditari Tedeschi e provincie spettanti al governo di Milano, e del Cantone Ticinese, salvo alcune modificazioni, hanno adottato la disposizione di questa legge di Giustiniano. In Toscana però la vedova, comecchè indotata e povera, non ha alcun diritto di successione sull' eredità del defunto marito, sebbene ricco ed agiato, allorchè esistano figli e ulteriori discendenti nati di lei e del marito medesimo; e la sua successione, quando abbia luogo in concorso degli eredi legittimi che la potrebbero escludere, non si estende mai alla proprietà; ma solo alla quarta parte dell' usufrutto (190). In questi punti la legislazione Toscana devia dal diritto comune; e per conseguenza vi devia parimenti il Codice di Parma, nel quale la porzione assegnata alla vedova povera è ugualmente limitata alla quarta parte del solo usufrutto (191). Negli Stati Sardi, negli Stati ereditari Tedeschi, nelle provincie spettanti al governo di Milano e nel Cantone del Ticino la vedova viene ammessa alla successione in concorso degli eredi legittimi, senza distinguere

(184) Nov. 117. cap. quia vero.

(185) Rittershuth. Exposit. Novell. par. 7. cap. 17. n. 10.

(186) Mangil. de imput. et detract. quaest. 143. Ruota, decis. 115. Celso, e nella Ferrarien. quartae maritalis del 20. Maggio 1830. Muzzarelli.

(187) Ruota, decis. 438. n. 2. part. 11. rec.

(188) De Comitib. decis. 120. n. 50.

(189) Ruota, nella Spoletana, quartae 30. Genn. 1733. Calcagnini; nella Romana quartae maritalis, 4. Giugno 1806. Tassoni, nella Sutrina quartae maritalis 30. Luglio 1821. Marco, e nella Ravenn. seu Venet. quartae maritalis, vel assignamenti, 27. Gennajo 1843. Bornardi.

(190) Legge Toscana del 18. Agosto 1814. sulle success. intest. art. 27.

(191) Cod. Parmens. art. 659. 857.

se sia ricca o povera, dotata o indotata (192). Oltre questa differenza, la quale per conseguenza ne chiama altre parecchie, le sopraddette legislazioni, salvo quella degli Stati Sardi (193), discordano dal diritto comune anche nella quarta assegnata alla vedova. Imperciocchè il Codice Austriaco le accorda l'usufrutto di una porzione ereditaria uguale a quella di ciascun figlio, qualora i figli sieno tre o più; la quarta parte dell'eredità, qualora i figli sieno in numero minore di tre; e la proprietà illimitata sulla medesima quarta parte, qualora, non esistendo figli, succedano altri eredi legittimi (194). Maggiore è la differenza della legislazione Ticinese, mentre, oltre che la vedova non ha alcun diritto sull'eredità, qualora esistano figli o altri ascendenti o discendenti, succede indistintamente per un quarto, concorrendo co' parenti collaterali del lato paterno, congiunti col defunto sino al decimo grado di computazione civile; e per la metà, qualora, non essendovi parenti del lato paterno in questo grado, concorra co' più prossimi parenti materni sino al medesimo grado (195).

Tutte le sopraddette legislazioni, seguendo la massima da lungo tempo abbracciata nel foro, contro l'aperta disposizione della legge di Giustiniano, accordano la medesima successione anche al vedovo (196). E sebbene per legge di Giustiniano il coniuge non perdesse l'usufrutto della quarta o della virile pel suo passaggio alle seconde nozze, nulladimeno da tutte le vigenti legislazioni sopra accennate, salvo l'Austriaca e la Ticinese, è apertamente stabilito il contrario (197), con questa differenza però che in Toscana la perdita dell'assegnata quarta parte ha luogo indistintamente: negli altri luoghi solo quando le seconde nozze succedano nel tempo in cui siano tuttora viventi i figli del primo matrimonio.

Nel Codice di Francia e in quello delle Due Sicilie non trovasi alcuna disposizione analoga alla presente materia; e perciò tengo negata da queste due legislazioni al coniuge superstite ogni diritto sull'eredità del coniuge predefunto, qualora questi abbia lasciato superstiti parenti in grado successibili o figli naturali.

(192) Cod. Albert. art. 959. Cod. Austr. art. 757. Cod. Ticin. art. 457.

(193) Cod. Albert. art. 959. 960.

(194) Cod. Austr. art. 757. 758.

(195) Cod. Ticin. art. 457.

(196) Cod. Albert. art. 959. Cod. Ticin. art. 457. Cod. Austr. art. 757. Cod. Parmens. art. 857. 659. Legge Toscana 18. Agosto 1814. sulle success. intest. art. 28.

(197) Cod. Albert. d. art. 959. Cod. Parmens. art. 660. D. legge Toscana art. 27. 28.

§. Cum igitur, 4.

SOMMARIO

Correzione di questo testo.

I Pretori, dopo avere per ordine disposto le possessioni de' beni (ordine che oggigiorno non è più osservato) (198), stimarono si dovesse a' chiamati prefiggere un tempo per dimandare il possesso, acciocchè gli eredi potessero frattanto deliberare se volevano acquistare l' eredità, e i creditori sapessero contro cui potevano intentare le loro azioni. Era questo tempo di un anno pe' discendenti e ascendenti tanto adottivi che naturali; per gli altri comprendeva cento giorni di spazio. Tolta oggigiorno la differenza fra eredità e possessione de' beni (199), il tempo a deliberare per legge nuovissima di Giustiniano (200) è indistintamente di un anno, se venga concesso dal Principe; di nove mesi, se venga concesso dal magistrato (201).

(198) Nov. 118. Vinnio, hic.
(199) Veggasi quello che abbiamo detto nel principio di questo titolo, n. 3.
(200) L. ult. Cod. de jur. delib.
(201) Voet, comm. ad Pand. tit. de jur. deliber. n. 2.

TITOLO XI.

DELL' ACQUISTO PER ARROGAZIONE.

§. Est et alterius

SOMMARIO

Cenno sul presente titolo

Il modo di acquistare, del quale si tratta nel titolo presente, riguarda le arrogazioni. Come altrove osservammo, il cittadino mediante quest' atto si poneva sotto l' altrui potestà, trasportando nella famiglia dell' arrogatore tutti i suoi beni ed azioni. Oggigiorno però è questo un modo di acquistare assai raro, essendo quasi al tutto cessate quelle ragioni che anticamente l' introdussero (202).

§. Sed ex diverso, 3.

SOMMARIO

Correzione di questo paragrafo.

A simiglianza del padre naturale, il padre arrogatore occupava anticamente i beni del figlio arrogato per diritto di peculio. In processo di tempo, ammessa la distinzione de' beni avventizi, e concesso che i figli di famiglia potessero in essi avere un successore ab intestato, vennero nelle successioni preferiti i figli dell' arrogato medesimo; in mancanza di essi, i di lui fratelli, e poscia il padre (203). Dopo la legge nuovissima di Giustiniano (204), l' ordine di succedere fu cambiato (205).

(202) Veggasi quello che abbiamo detto nel principio del tit. XI. n. 5. lib. I. Istit.
(203) L. ult. Cod. comm. de success.
(204) Nov. 118.
(205) Veggasi quello che abbiamo detto nel principio del tit. II. di questo lib.

TITOLO XII.

DI QUELLO, CUI SONO DEVOLUTI I BENI, PER CONSERVARE LA LIBERTÀ

SOMMARIO

Inutilità del presente titolo.

Un rescritto del Divo Marco avea stabilito che se per avventura, morto un cittadino, niuno degli eredi testamentari o legittimi avesse voluto accettare l'eredità per cagione de' debiti, da' quali era gravata, potessero i servi medesimi, ovveramente uno di essi, o anche un estraneo, purchè garantissero di soddisfare l'intero a' creditori, domandare che i beni loro si assegnassero, affine di conservare le libertà date nel testamento o ne' codicilli. L'utilità di questo rescritto, come osserva l'Eineccio, cominciò a cadere in disuso fino da' tempi di Giustiniano, ed oggigiorno non è di utile alcuno (206).

(206) Vinnio, §. 7. hic. in fin.

TITOLO XIII.

DELL' ABOLIZIONE DELLE SUCCESSIONI CHE SI FACEVANO PER VENDITE DEI BENI, E DEL SENATOCONSULTO CLAUDIANO.

SOMMARIO

Inutilità del presente titolo.

Giustiniano in questo paragrafo espone due modi di acquistare per università secondo gli antichi istituti de' Romani. De' quali il primo occorreva, quando, non comparendo il debitore dopo chiamato in tribunale, i creditori mediante decreto provvisorio si facevano mettere nel possesso de' suoi beni. Indi ne risultava a loro vantaggio un' ipoteca generale, la quale chiamavasi pegno pretorio. Se il debitore perseverava nell' assenza, i creditori potevano impetrare un secondo decreto che ordinasse la vendita de' beni. Questi, dopo pubblicati gli affissi, venivano aggiudicati in massa ad uno de' creditori o a un terzo, il quale doveva obbligarsi al pagamento di tutti i debiti. Se per avventura non si fossero ritrovati compratori, i beni venivano aggiudicati a quello che si fosse obbligato di pagare a' creditori maggior porzione de' loro crediti. Questa maniera di acquistare per università cadde dall' uso, come dice Giustiniano, quando fu concessa a' creditori medesimi la facoltà di possedere i beni del loro debitore mediante l'officio del giudice. Il che quanto convenga agli odierni nostri costumi venne da noi altrove accennato (207).

Il secondo modo di acquistare per università descritto in questo titolo avea luogo, quando una donna libera, presa dell' amore di un servo, non si fosse astenuta dal commercio di lui, quantunque tre volte dal padrone del servo ammonita. In questo caso pel SC. Claudiano la donna con tutti i suoi beni veniva acquistata dal padrone del servo medesimo. Giustiniano abolì questo Senatoconsulto (208), disponendo invece che se il servo avesse commesso tale azione, il padrone, sotto pena, dovesse punirlo. Oggigiorno tanto il suddetto Senatoconsulto, quanto la medesima costituzione di Giustiniano, sono totalmente inutili.

(207) Veggasi quello che abbiamo detto nel principio del tit. IV. lib. XLII. ff.
(208) L. ult. Cod. de SC. Claudiano toll.

TITOLO XIV.

DELLE OBBLIGAZIONI

SOMMARIO

I. *Origine delle obbligazioni.*
II. *Origine de' contratti e delle monete.*
III. *Del commercio sotto i Romani.*
IV. *Nuova specie di moneta e di contratti dopo la decadenza dell' impero.*
V. *Differenza fra il commercio degli antichi ed il moderno.*
VI. *Conchiusione.*

I. Allorchè gli uomini cominciarono a distinguere le proprietà; fra' diritti che ciascuno riteneva nel suo, v' era pur quello di escludere gli altri da' prodotti di quella terra ch' era stata sottratta al dominio comune (209). L' amore generò i matrimonii e le prime famiglie (210); la fatica, i frutti del terreno; l' industria, i meriti personali le ricchezze; l' eroismo, la robustezza le prime comunioni degli uomini (211); il bisogno le colonie e le città (212). La differenza delle forze, dell' educazione, dell' ingegno e dell' indole non dette a tutti un egual modo di poter pervenire al medesimo stato, sebbene in tutti fossero uguali i primitivi bisogni. Fu quindi necessario che, per soddisfarli, l' uomo avesse ricorso all' aiuto del suo simile. La qual cosa si debbe attribuire a mirabile disposizione della provvidenza, la quale per mezzo di coteste disuguaglianze intese a collegare la società degli uomini, rendendo gli uni agli altri necessari. Questi bisogni che ne' primordi delle umane comunioni si limitavano a quelli di mera necessità, crescendo la coltura delle arti e delle nazioni, si estesero a quelli di voluttà e di lusso. Ma mentre siffatti bisogni si rendevano comuni, la differenza de' terreni, de' climi e dell' umana industria faceva che alcuni non fossero in grado di soddisfarli: laddove altri per soddisfarli avevano del superfluo. Si cercò il mezzo di conciliare cotesta disuguaglianza, e nacquero le obbligazioni.

(209) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 17. n. 3. tit. I. lib. II. Istit.
(210) Veggasi quello che abbiamo detto nel principio di questo libro n. 1.
(211) Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. III. n. 1. e segg. lib. I. Istit.
(212) Vico, scienza nuova, lib. I.

II. Cominciossi col dare altrui quello, di cui v' era superfluo, per riceverne in contraccambio quello, di cui v' era difetto. Nell' epoca in cui gli uomini erano ancora rozzi e selvaggi l' uguaglianza fra il dare e il ricevere non era tenuta in gran conto. Riputavasi uguale tutto ciò che alle parti fosse piaciuto. Il dare e il ricevere consisteva in certe permute semplici e naturali, le quali avevano più presto sembiante di donazioni reciproche. Di mano in mano che i lavori e le cose crescevano, il traffico prendea maggior piede. Apertosi il commercio con più e diversi popoli, fu necessario avvedersi che non tutti gli oggetti erano atti a soddisfare gli uguali bisogni, o i medesimi ugualmente. Alcuni vennero in maggior pregio degli altri, e questi furono scelti per rappresentanti di tutti. La scelta cadde sopra i buoi, sulle pecore, su' cavalli, ed altri simili animali, essendo essi di più facile ragguaglio e di un uso più generale. La combinazione, o se vogliamo anche l' industria, fece intrattanto ritrovare i metalli. I corpi brillanti dell' oro e dell' argento piacquero a preferenza di tutti gli altri. Sul principio non servirono che per uso delle guerre e delle arti; ma poco per volta la superstizione de' tempi, l' ambizione degli uomini e la vanità delle donne ne fecero un uso per adornare i templi, le persone e le cose. L' uso degenerò in abuso, l' abuso cagionò il bisogno ed il bisogno il pregio. Siccome l' oro e l' argento erano di più facile trasporto, e con essi più facilmente rimanevano soddisfatti i comuni bisogni, si prese ad usarli nelle permute. Veggendo gli uomini come in tal modo i contratti fossero più spediti, studiarono il mezzo di dare alle permute un' uguaglianza. Inventarono il peso. Questo non tolse che gli astuti, sedotti dal valore che l' oro aveva acquistato e dall' avidità del lucro, non ricorressero alle frodi, frammischiando nell' oro e nell' argento metalli di minor rilievo. La frequenza di questi inconvenienti indusse i rappresentanti delle nazioni a ricercare il mezzo per ripararli. Stimarono opportuno di dare a certi pezzi d' oro o di argento, di un valore e peso determinato, certi nomi di rapporto, ponendovi, come pubblico attestato, il loro impronto. In questo modo ebbe origine la moneta, la quale, tosto che fu inventata, divenne la rappresentante di tutte le cose. I Romani per non perdere la memoria delle antiche permute che si facevano col bestiame, le conservarono il nome di pecunia.

III. Ma sebbene l' invenzione della moneta facesse in parecchie nazioni progredire il commercio, nulladimeno quello de' Romani, specialmente sotto la repubblica, fu sempre limitato. Le rendite principali di questo popolo consistevano nelle conquiste. Le guerre, le

elezioni, le brighe e le cause occupavano l' interno; e l' agricoltura la campagna. Siccome i Romani avevano da' Greci preso le leggi, così n' aveano in gran parte preso anche lo spirito. Platone volea la punizione del cittadino commerciante, e questa professione al pari dell' agricoltura era per lo più riserbata a' popoli soggiogati. Le leggi romane ci danno a conoscere che la maggior parte del limitato commercio di questa nazione era affidata agli schiavi od ai liberti. Ma diventata Roma una monarchia e respirando la pace sotto un impero ricco di tesori, dietro le comunicazioni aperte con diversi popoli, dietro il lusso introdotto ne' cittadini, dietro le nuove costumanze recate da' forestieri, il commercio ebbe campo di prendere quel piede che prima non avea. Imperciocchè, sebbene Roma anche prima di Augusto avesse avuto qualche traffico con diversi popoli riguardo a' grani, questo era piuttosto materia di pulizia che di commercio. Viddersi per la prima volta sanzionate le leggi che risguardavano il traffico marittimo. Non ostante però tale incremento, il commercio presso i Romani non ebbe mai campo di poter dominare. Poco rileva ch' eglino dell' Europa, dell' Asia e dell' Affrica avessero fatto un vasto impero, mentre a' tempi loro dell' Affrica e dell' Asia non erano note che poche spiaggie; e l' America era del tutto ignota. Oltracciò la loro politica costituzione, il diritto delle genti e le loro leggi civili non erano molto adattati per animarlo. I soli rami di commercio esteriore di questo popolo, tratto quello del grano, si limitava al traffico dell' Indie e a quello dell' Arabia (213).

IV. Caduto l' Impero, sopravvennero i barbari. Sotto questi popoli il commercio fu sul principio un oggetto di rapine e ladroneggio. Radicate che v' ebbero le sedi, e fondato il regno d' Italia, non ne fecero gran caso, o poco o nulla il favorirono. Non ostante però tutte le rivoluzioni di queste contrade, Lucca, Genova, Pisa, Firenze, Venezia il mantennero vivo, e il conservarono. Frattanto il bisogno l' oppressione e le guerre introdussero nuove cose, le quali in processo di tempo concorsero a dargli nuov' anima. Venne in uso la carta monetata. Federico, essendo accampato nella Romagna, mancandogli danaro, improntò del suo sigillo alcune pergamene, che servivano di cauzione, e così ebbero origine i biglietti di corte. Gli Ebrei, fuggendo dalla persecuzione delle crociate, per trasportare con essi i loro averi in que' luoghi, ove cercavano rifugio, inventarono le lettere di cambio. I Veneziani, stretti dalla necessità di provvedere danaro per sostenere la guerra con la Grecia, fondarono camere di

(213) Veggasi il MONTESQUIEU, Esprit des lois, liv. 21. ch. 16.

prestiti, d'onde ebbero origine le monete di banco. Cresciuti in questo modo i rappresentanti delle cose, crebbe il commercio, crebbero le obbligazioni, crebbero i contratti. Il diritto Canonico, vietando le usure, fece studiare il mezzo per deludere le sue sanzioni. Vennero quindi fuori i nomi di cambio obbliquo e diretto, manuale e locale, di censo consegnativo, e riservativo, di assicurazioni, di società in ditte, e altri simili; nomi incogniti alle romane leggi, siccome la maggior parte della loro materia. Platone (214) osservò che nelle città dove non è commercio, vi vuole la metà meno di leggi civili. Il Montesquieu (215), dice che questa proposizione non può essere più vera. Il commercio introduce nello stesso paese popoli differenti, numero grande di convenzioni, di specie di beni, e di materie di acquistare. I Romani, cui il commercio era totalmente cosa secondaria, delle stesse leggi civili regolarono anche il commercio medesimo e ne tramandarono moltissime. I popoli che sopravvennero dopo la decadenza dell'impero, cominciarono a porre in opera alcune modificazioni: diminuirono molte leggi civili, e sostituirono moltissime commerciali. I popoli moderni distinsero le prime dalle seconde, e fecero di esse due corpi separati.

V. Le vicende del commercio sofferte da' tempi de' romani sino a' giorni nostri, gli fecero quasi del tutto cambiare sembiante. Anticamente egli risiedeva principalmente ove oggigiorno non sono che deserti: al presente risiede principalmente in que' luoghi, ove anticamente non si vedeano che mari e scogli. Il commercio a noi più noto si facea da un porto all' altro del mediterraneo, e quasi tutto al mezzogiorno; al presente il commercio di Europa si fa principalmente dal settentrione al mezzodì. Presso i Romani una legge medesima obbligava il cittadino e il commerciante: oggigiorno una legge obbliga il cittadino come cittadino, e un altra il commerciante come commerciante. Gli antichi ritennero il commercio come cosa vilissima. I nobili non potevano affatto occuparsene (216). Caduto l'Impero sopravvennero maggiori prerogative di grado: i nobili non ne presero gran pensiero: dalle persone vili fece passaggio alle disoneste (217). Prima della rivoluzione di Francia le soverchie prerogative de' nobili, de' ranghi e delle professioni teneano fra il nobile e il commerciante non lieve distanza, sebbene di gran lunga

(214) De legib. lib. 8.
(215) Esprit. des lois, liv. 20. ch. 18.
(216) L. ult. Cod. de rescind. vend. l. nobiliores, Cod. de comm.
(217) Montesquieu, Esprit. des lois, liv. 21. ch. 17. 20.

inferiore a quella de' tempi di mezzo e degli antichi. Dopo quest' epoca, abbassate o innalzate allo stesso piano tutte le classi, distrutti i limiti di tutte le professioni, la maggior differenza fra il nobile e il commerciante consiste nel nome.

VI. Da tutte queste innovazioni e differenze risulta I. Che non tutte le obbligazioni, di cui si tratta ne' presenti libri e in quelli de' Digesti contengono tutte le obbligazioni e contratti de' nostri tempi. E sebbene siano stati parecchi, i quali, per una certa loro particolare manìa, abbiano voluto alle cose nuove dar per origine e norma il diritto romano, nulladimeno, come vedremo nel corso di quest' opera, la loro opinione è totalmente riprovata, e nell' uso del foro non ha alcun peso. II. Che la maggior parte delle antiche formalità de' romani sono oggigiorno abolite, essendosi in luogo loro surrogate forme più semplici e più sicure. III. Che alcune delle suddette obbligazioni e contratti, contemplate dalle antiche leggi, oggigiorno non formano più parte di questo corpo di diritto civile, essendo regolate a' termini di mero diritto commerciale. IV. Che parecchie delle obbligazioni e contratti medesimi, di cui si tratta in tutto il corpo della ragione civile, oggigiorno non sono altrimenti regolate a' termini di mero diritto romano, avendovi recate non poche limitazioni, innovazioni e correzioni il decorso del tempo, la mutazione de' costumi, il progresso del commercio e la pratica del foro.

§. Omnium, 1.

SOMMARIO

Distinzione fra le obbligazioni civili e pretorie oggigiorno inutile.

La precipua divisione delle obbligazioni è in civili e pretorie. Obbligazioni civili sono quelle che derivano dalle leggi medesime: obbligazioni pretorie quelle che derivano dalla giurisdizione del pretore. Imperciocchè i Pretori, seguendo l' equità naturale, spesso introducessero obbligazioni, sebbene per rigore di sommo diritto civile non ne sussistesse alcuna.

Giustiniano, dopo compilate le Pandette, mise mano alle Istituzioni, ed ivi fra le parti del diritto civile pose anche gli editti del Pretore (218). Indi ne segue che, formando gli editti del pretore

(218) §. 3, §. 7. Istit. de jur. nat. et gent.

parte del diritto civile, la suddetta distinzione è meramente ideale e totalmente inutile (219). Si aggiunga che vigendo presso noi un' equità di gran lunga più estesa, cioè la canonica, è un assurdo oggigiorno di ricorrere a quella del pretore (220).

(219) Richer, univ. civ. et crim. jur. lib. 3. tit. 3. §. 211.

(220) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 7. n. 3. tit. II. lib. I. Istit.

TITOLO XV.

IN QUALI MODI SI CONTRAE OBBLIGAZIONE CON LA COSA.

In niuno degli odierni Codici si trova l' indicazione di questo titolo; è certo però che i principii in esso contenuti, sono presso a poco sanzionati da tutte le moderne legislazioni.

TITOLO XVI.

DELLE OBBLIGAZIONI DELLE PAROLE

SOMMARIO

Origine delle stipulazioni.

I Romani, scrupolosi com' erano delle loro formalità, negarono ogni forza a quelle convenzioni che fossero prive di nome e di causa. In questo caso esse venivano riputate come un nudo patto, al quale era negata l' assistenza pubblica. Molti riprovano i Romani per essere stati in questa materia non molto benemeriti della giurisprudenza. Altri ne prendono la difesa, allegando aver essi così stabilito per maggior sicurezza de' contratti. Imperciocchè, avendo eglino prefisso il modo, onde contrarre efficacemente, le parti fossero al coperto del pericolo di una promessa fatta per giuoco, senza alcuna volontà di obbligarsi. Certo è però che la politica de' patrizi non pretermise studio veruno per tenersi soggetta la plebe, allacciando la giurisprudenza con un cumulo di sottigliezze, le quali non potessero così di leggieri capire nella mente del minuto popolo. Come osservano gli storici, solo da questa odiosa politica ebbero origine tutte quelle innumerabili specie di contratti reali, verbali, litterali, consensuali, veri, taciti, espressi, presunti, nominati, innominati, bilaterali, unilaterali, di buona fede, di sommo diritto, ed altri parecchi che si scontrano nel corpo della nostra ragione civile. La moltitudine genera la confusione, la confusione il dubbio; il dubbio la necessità di ricorrere. In un tempo, in cui le leggi erano chiare, concise, in un' idioma a tutti comune, imparate sino dalla fanciullezza, era necessario di offuscarne in qualche modo il senso, per metterne l' applicazione in mano a' nobili prepotenti. La maggior parte di queste scrupolose distinzioni non sono più in uso presso quasi tutte le moderne legislazioni. Saggiamente esse ne conservarono in parte i principii, le sottigliezze in tutto ne abolirono.

§. In hac olim, 1.

SOMMARIO

I. *Solennità delle stipulazioni oggigiorno abolita.*
II. *Surrogazione delle medesime negl' istromenti notarili.*
III. *Cenno sul presente paragrafo.*

I. Siccome i Romani non avevano dato alcuna forza ai patti, i quali di per se stessi sono la maniera di contrattare più facile, più spedita e più frequente, adottarono invece di essi le stipulazioni. Queste erano un modo di obbligarsi generale, e aveva e poteva aver luogo non solo in tutti i contratti nominati e innominati; ma eziandio in tutte quelle convenzioni che non si contraevano con la cosa o con lo scritto (221). Indi si può facilmente conoscere che le stipulazioni erano un vero contratto secondario ed accessorio, il quale per lo più veniva sempre preceduto da un' altra convenzione. Per la validità delle medesime era necessaria la formalità di alcuni termini quasi sacramentali. La risposta doveva essere contestuale e in tutto simile alla proposta; in caso diverso la stipulazione era nulla. Leone, conoscendo gl' inconvenienti di tali principii, tolse pel primo la necessità delle parole solenni; ma tuttavia, anche dopo la costituzione di questo Imperatore, rimase nella giurisprudenza la nota distinzione fra stipulazione e patto riguardo al modo di obbligare. Il diritto Canonico, seguendo l' equità, piuttosto che le inutili sottigliezze delle leggi, volle che qualunque convenzione, fatta seriamente con animo di obbligarsi, avesse il suo effetto, e in questa maniera la differenza fra patti e stipulazioni, in pratica andò in disuso (222).

II. Io, per me, considerando la solennità della presente convenzione, sono di avviso ch' ella possa oggigiorno assimigliarsi agli istromenti rogati per man di notaio. Imperciocchè, sebbene il vocabolo di stipulazione si usurpi in genere per significare qualunque patto o contratto, e specialmente quelli messi in iscritto, nulladimeno le apoche private non hanno in sè stesse alcuna solennità. La stipulazione, come sopra osservammo, è un atto accessorio, il quale viene sempre preceduto da una convenzione: ella serve più per cautela, che per es-

(221) Vinnio, hic.
(222) Veggasi il Grozio, 3. manud. 1. Gudelin, lib. 3. de jur. noviss. cap. 5. Gomez, 2. resol. 9. n. 3.

senza del contratto: parimenti il pubblico istromento, salvo qualche eccezione, non si celebra o scrive per essenza o perfezione del contratto; ma solo per una prova del medesimo. E siccome l' istromento suol essere diviso in due parti, cioè nella proemiale e nella dispositiva, si può dire che la proemiale, esponendosi in essa quello che i contraenti intendono di fare, sia l' interrogazione del notaio, il quale stipula; e che la dispositiva, manifestandosi in essa il consenso de' contraenti, sia la risposta delle parti, le quali si obbligano.

III. È degno d' osservazione che i Romani, comecchè nelle loro formalità rigorosissimi, recedendo dalle regole generali che ogni atto civile dovea concepirsi in lingua latina, chiarirono valide le stipulazioni, sebbene concepite in lingua diversa. Il che fecero con ottimo consiglio. Imperciocchè, nato o cresciuto sotto Augusto il commercio, più frequenti per conseguenza doveano essere i contratti, a' quali soleva sempre aggiungersi la stipulazione (223). Era dunque necessario per l' utile del commercio ch' ella potesse concepirsi in qualunque lingua, mentre non tutti i forestieri che il traffico chiamava a Roma, potevano essere al caso di conoscere la lingua ivi dominante. Perseverare negli antichi principii in un atto sommamente giornaliero, il quale venia celebrato da ogni maniera di persone, non avrebbe partorito che pessime conseguenze, e spesso de' danni irreparabili. Sono le attuali necessità quelle che danno luogo alle leggi; e perciò non si può revocare in dubbio che questa savissima legge sia nata dalla necessità di favorire il commercio, di evitare le frodi, e di far conoscere a ciascuno il proprio contratto. Se adunque negli antichi tempi, in cui la lingua latina era cognita a tutti, e si apprendeva sino dall' infanzia; in cui la superstizione e la sottigliezza occupava gran parte della giurisprudenza, stimossi per l' utile comune opportuno di recedere dagli antichi istituti, consentendo l' uso di lingue straniere; per ragione più forte negli odierni costumi, in cui la lingua latina è cognita a pochi, nè si apprende che con istudio lunghissimo, gravissimo; in cui la superstizione e la sottigliezza non dovrebbe occupare alcun posto nella giurisprudenza, vorrebbevi una legge, la quale per utile comune, in materia di legislazione prescrivesse la lingua nativa, e totalmente la spenta latina abolisse (224).

(223) Vinnio, hic. n. 3.
(224) Veggasi quello che abbiamo detto nel principio del titolo VI. lib. XII. Dig.

§. Non solum, 7.

SOMMARIO

Diritto Canonico.

Giustiniano, dopo gli antichi prudenti (225), stabilì che si potessero stipulare non solamente le cose ma eziandio i fatti e non fatti. Ma siccome questa convenzione poteva facilmente dar luogo a' litigi, soggiunse, come per consiglio, che sarebbe cosa utile di aggiungervi una clausula penale, affine di fissare preventivamente l' importo de' danni ed interessi in caso che la convenzione non venisse adempiuta. L' imperatore non determina quale debba essere la quantità della pena, e perciò gl' Interpreti danno le spese al loro cervello per decidere se possa eccedere il doppio, e se sia dovuta, quantunque l' inadempimento del contratto niun danno abbia recato alla parte. Per diritto civile l' affermativa non ammette alcun dubbio (226). Per equità canonica, universalmente ammessa ne' tribunali dello Stato Ecclesiastico, le pene convenzionali non sono ammesse, o ammesse, non si possono esigere, se non in quanto importi il vero interesse (227).

(225) L. si poenam, 68. ff. hoc. tit.

(226) Vinnio, nel §. 19. n. 3. Istit. de inut. stipulat. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 3. tit. 12. §. 1828.

(227) Leotard. de usur. quest. 38. n. 14. et seqq. Card. de Luc. de donat. disc. 17. Penia, decis. 677. Sperell. Decis. 134. p. 2.

TITOLO XVII.

DE' DUE REI CREDITORI E PROMISSORI

§. Et stipulandi

Correzione di questo testo.

La sola figura delle parole è quella che determina la solidarietà fra due o più creditori o debitori. Due persone, le quali congiuntamente, col medesimo concepimento di parole, nel medesimo tempo abbiano promesso la stessa cosa, nel linguaggio delle leggi civili chiamansi correi *debendi o promittendi*. Due persone, alle quali congiuntamente, col medesimo concepimento di parole, nel medesimo tempo, sia stata promessa la stessa cosa, chiamansi all'opposto correi *stipulandi o credendi*. L' effetto di questa obbligazione, secondo il diritto romano, è che i primi sono tenuti, a' secondi si dee dare, solidalmente (228).

Giustiniano nelle ultime sue costituzioni, correggendo l' antico diritto volle che due correi debitori non fossero tenuti solidalmente, se non quando ciò avessero espressamente convenuto (229). Molti Dottori però sono di opinione che la costituzione di Giustiniano non sia applicabile che a due correi, i quali siano accettati come scambievoli mallevadori; e che perciò non abbia luogo nel caso di due correi semplici (230). Nell' uso del foro e presso tutte le moderne legislazioni Italiane prevalse la prima opinione (231).

(228) §. seq.

(229) Nov. 99. cap. 1. unde Auth. hoc ita, Cod. de duob. reis. GUDELIN. de jur. noviss. lib. 3. cap. 11. lib. 4. cap. 7.

(230) EINECC. in not. ad VINN. §. 1. n. 1. in fin. hoc. tit. PEREZ. tit. Cod. de duob. reis. n. 16. Veggasi quello che abbiamo detto nelle nostre note alle quistioni scelte del VINNIO, lib. 1. cap. 6. pag. 84. n. 1.

(231) RICHER. univ. civ. et crim. jur. lib. 3. tit. 13. § 1954. VOET, comment. ad Pand. lib. 45. tit. 2. n. 4. in fin. RUOTA, nella Bononiens. evictionis quoad primum caput sententiae per tot. 9. Marzo 1818. ZINNANI. COD. DELLE D. S. art. 1155. COD. ALBERT. art. 1292. COD. AUSTR. art. 891. 892. COD. PARMENS. art. 1179. COD. TICIN. art. 955.

§. Ex hujusmodi, 1.

SOMMARIO

I. *Se il correo che paga l' intiero, abbia il regresso contro l' altro correo. Diritto romano e pratica del foro.*

II. *Se il correo, muovendo l' azione contro l' altro correo, debba detrarre la propria quota. Diritto romano e pratica del foro.*

III. *Legislazione straniera.*

I. Siccome i correi si tenevano obbligati solidalmente e tutti in propria causa, per diritto romano, pagando uno di essi l' intiero, non aveva alcun regresso contro l' altro correo, salvo se, prima di pagare, avesse dal creditore riportato la cessione delle ragioni (232). E ciò per questo, che, pagando l' intiero, egli aveva estinto la propria e non l' altrui obbligazione (233). Bartolo distinse se i correi fossero obbligati per causa necessaria o volontaria. Nel primo caso fu di parere che il correo, benchè senza cessione delle ragioni, potesse agire contro il condebitore; nel secondo opinò che se gli dovesse negare ogni regresso, perchè, pagando egli per causa volontaria, si dee ritenere come un donatore. Baldo riprovò la distinzione di Bartolo, e stimò che tanto nell' uno che nell' altro caso, senza il bisogno di alcuna cessione di ragioni, si dovesse al correo che paga l' intiero, concedere la ripetizione, specialmente se la causa del debito fosse onerosa e corrispettiva. La pratica de' tribunali abbracciò l' opinione del Baldo (234).

II. Se il correo, prima di pagare, si fosse fatto cedere le ragioni dal creditore, secondo le disposizioni del diritto romano, poteva agire contro l' altro, senza diffalcare la propria quota. E ciò per questo, che movendo egli l' azione come cessionario, non come correo, rappresentava la persona del creditore; non quella del condebitore (235). Questa sottigliezza in foro non è ricevuta. Il correo cessionario dee

(232) Einecc. hoc tit. Elem. §. 847.

(233) Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 3. tit. 13. §. 1940.

(234) Taglioni, confr. all' art. 1213. in fin. Ruota, nella Farfen. pecuniae, 22. Maggio, 1628. e 30. Marzo, 1629. Verospio; Decis. 751. Buratto; decis. 487. n. 8. p. 5. rec. e nella Bononiens. pecuniaria, 15. Giugno, 1818. Isoard. §. 7.

(235) Card. de Luc. de credit. disc. 95. n. 6.

prima detrarre la propria porzione (236), e agire contro il condebitore solo pel di più da lui pagato (237).

III. Secondo la moderna giurisprudenza di tutte le vigenti legislazioni Italiane, il condebitore che paga l'intiero, senza bisogno di alcuna cessione di ragioni, è surrogato ipso jure nei diritti ed azioni del creditore contro i suoi condebitori: ma solo per la quota che ciascuno ha nell' obbligazione, in ragione del suo interesse rispettivo (238).

(236) Cencio, de censib. q. 71, n. 4. Card. de Luc. d. luogo.

(237) Ruota, Divers. part. 1. decis. 112. n. 7. Recent. Decis. 55. n. 6. e nella Romana- liberationis a molestiis in re commerciali, 25. Febbraio, 1843. Alberghini, §. 8.

(238) Cod. delle D. S. art. 1166. 1167. 1169. Cod. Albert. art. 1303. 1304. 1306. Cod. Parmens. art. 1190. 1191. 1193. Cod. Austr. art. 896. Cod. Ticin. art. 607. 608. Concord. il Cod. Franc. art. 1213. 1214. 1216.

TITOLO XVIII.

DELLE STIPULAZIONI DE' SERVI.

SOMMARIO

Inutilità del presente titolo.

Il servo anticamente poteva obbligare, e in tal caso acquistava l'obbligazione e l'azione al padrone: se invece si fosse obbligato, la sua obbligazione non era che naturale, e il padrone non rimaneva obbligato, se non in quanto v'era nel peculio del servo. Tolta la servitù (239), tutte le teorie sopra i servi, le quali per vero sono la parte loro fastidiose, servono più a confondere che ad istruire. Meglio sarebbe che, lasciandole per un mero studio degli antichi costumi, si togliessero dal corpo delle leggi, senza dare il campo di dedurne interpretazioni e applicazioni spesso fallaci, e incerte sempre.

Per una certa qual somiglianza dell'antica servile incapacità, le disposizioni di questo titolo si ritengono per alcuni applicabili a' religiosi professi, i quali, stipulando, acquistano l'obbligazione e l'azione alla religione o al monistero, cui sono addetti (240). Siccome però la loro incapacità deriva dalle leggi canoniche, non che da' loro particolari istituti, sarei d'avviso che questa materia, riguardo a loro, s'avesse a regolare con essi, non con le leggi de' romani. Non è un assurdo che leggi fatte con lo spirito del gentilesimo, le quali tenevano gli uomini in concetto di bestie, debbano servire di norma anche a' religiosi medesimi?

(239) Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. III. lib. I. Istit.
(240) Card. de Luc. de alienat. disc. 12. n. 3. disc. 20. n. 5.

TITOLO XIX.

DELLA DIVISIONE DELLE STIPULAZIONI.

SOMMARIO

Osservazioni sul presente titolo.

Dalla somma differenza che anticamente correva fra la giurisdizione del Pretore e quella del giudice derivò la distinzione fra le stipulazioni giudiziali, pretorie, convenzionali e comuni. Giudiziali chiamavansi quelle che venivano ordinate dal giudice con cognizione di causa. Esse avevano luogo nelle azioni reali, allorchè il giudice nel condannare il reo l' obbligava a garantire che avrebbe fatto la restituzione senza alcun dolo. Chiamavansi pretorie quelle che derivavano dallo stesso diritto e si esigevano senza cognizione di causa. Tale, per esempio, era quella che s' ingiungeva all' erede, di dover prestare i legati, fidecommissi, ec. Convenzionali si appellavano tutte quelle che risultavano dalla libera volontà delle parti contraenti. Comuni quelle che parte derivavano dalla giurisdizione del Pretore, parte dall' arbitrio del giudice. Della qual fatta, per esempio, era la stipulazione che si esigeva riguardo all' indennità delle cose appartenenti al pupillo.

Oggigiorno però che la distinzione fra giudice e Pretore non è più in uso, la sopraddetta distinzione di stipulazioni o cauzioni in pratica è ideale ed inutile, rimanendo solo la differenza fra le obbligazioni, stipulazioni o cauzioni convenzionali, le quali derivano dal mero arbitrio delle parti; e le stipulazioni o cauzioni legali, le quali, anche senza la convenzione, derivano dalle disposizioni della legge medesima (241).

(241) Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 3. tit. 3. § 1178. in fin.

TITOLO XX.

DELLE STIPULAZIONI INUTILI

§. Si quis alium, 3.

SOMMARIO

I. *Esposizione del testo.*
II. *Diritto Canonico e legislazione straniera.*

I. Dice Giustiniano che se alcuno abbia promesso che un terzo farà o darà la stipulazione è inutile: se poi, all' opposto, abbia promesso di procurare che un terzo faccia, o dia, la stipulazione è valida. La ragione della differenza è che nel primo caso egli promette il fatto altrui, nel secondo il proprio.

II. Secondo l' equità del diritto Canonico l' obbligazione è valida tanto nell' uno che nell' altro caso, supponendosi generalmente che il promissore del fatto altrui si obblighi sempre ad usare tutta la diligenza, perchè il fatto venga eseguito (242). Provata la sua diligenza, egli non rimane ulteriormente obbligato, nè contro esso può aver luogo azione alcuna (243). Questa massima, tratta dall' equità de' SS. Canoni, e da gran tempo ricevuta nel foro contro l' espressa disposizione delle leggi romane, è oggigiorno sancita da tutte le vigenti legislazioni. Nulladimeno, secondo le sanzioni de' moderni Codici, il promissore del fatto altrui è tenuto al risarcimento de' danni, qualora il terzo ricusi di eseguire l' obbligazione (244).

(242) Covarr. in c. quamvis, de pact. in 6. p. 2. §. 5. n. 1. Mantica, de tacit. et amb. conv. lib. 14. tit. 34. in fin. Tusch. vol. 3. concl. 36. lit. F. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 3. tit. 12. §. 1865. Voet, comm. ad Pand. lib. 25. tit. 1. n. 5.

(243) Ruota, nella Nepesina domus super retrocessione, 26. Giugno 1616. Piccolomini, §. 5.

(244) Cod. Austr. art. 881. Cod. Albert. art. 1207. Cod. delle D. S. art. 1074. Cod. Parm. art. 1093. Cod. Ticin. art. 529. Concord. il Cod. Franc. art. 1120.

§. Si quis alii, 4.

SOMMARIO

I. *Osservazioni sul presente paragrafo.*
II. *Legislazione straniera.*

I. È disposizione delle leggi romane che niuno possa stipulare per un altro, qualora non ci sia di mezzo il suo interesse (245). La ragione è, perchè le stipulazioni, e generalmente tutti i contratti, furono introdotte, acciocchè ciascuno potesse acquistare per sè medesimo e non per gli altri. Non manca chi biasimi questa ragione; imperciocchè l' uomo che vive in società, debb' essere utile anche agli altri, non solamente a sè stesso. Del resto, è comune opinione che l' uso del foro, seguendo l' equità canonica, abbia alquanto derogato a questo principio, specialmente se la persona che stipula, abbia pubblico officio (246). Indi è che spesso in pratica si ritenne per valida ed obbligatoria la stipulazione fatta per man di notaio a favore di un' assente, sebbene il notaio non potesse avervi alcun interesse, nè l' assente avesse dato mandato, nè fosse peranco susseguita l' accettazione (247). Se però la stipulazione fosse onerosa e corrispettiva, secondo l' opinione più comune, è necessaria la rattifica dell' assente (248); ma ciò non esclude che il terzo possa talvolta acquistare l' obbligazione e l' azione, anche per mezzo di persona estranea.

Per la stessa ragione, secondo i principii del diritto romano, se alcuno abbia stipulato venti per sè e per Tizio, la stipulazione non è valida che per dieci, mentre l' aggiunto Tizio non viene affatto considerato. Parecchi osservano che questa regola oggigiorno non ha luogo nelle lettere di cambio, dacchè in esse lo stipulante, ossia il traente, stipula per sè, per quello, al cui ordine debba eseguirsi il pagamento,

(245) Hic et §. alteri, 19. hoc tit.

(246) Covarr. in c. quamvis, de pact. in 6. part. 2. §. 2. n. 4. Rittersuh. de diff. jur. civ. et can. lib. 3. cap. 6. Gabriel. l. 3. de verb. obl. Grozio, Introd. l. 3. n. 78. Mantica, de tacit. et amb. conv. lib. 14. tit. 25. Richer. lib. 3. tit. 12. §. 1798. Voet, comm. ad Pand. lib. 45. tit. 1. n. 3.

(247) Gregor. et Addend. Decis. 97. Buratt. et Addend. Decis. 149. Decis. 27. part. 2. rec. Decis. 189. post. Zacch. de obl. cam. Royas, Decis. 314. n. 20. Decis. 12. part. 1. rec.

(248) D. Decis. 27. part. 7. rec, Royas, Decis. 314. n. 21.

e per qualunque altro presentatore della medesima (249). Io, per me, sono di avviso che niuna relazione abbia questa materia con le leggi romane, e che però sia molto inopportuno il volervi fare delle applicazioni o de' confronti (250).

II. Secondo le moderne legislazioni d' Italia, di Francia e del Belgio, è valida la stipulazione fatta a vantaggio di un terzo, allorchè tale sia la condizione contenuta in una stipulazione che si fa per sè stesso, o in una donazione che si fa ad altri. Quegli che ha fatto questa stipulazione non può più revocarla, se il terzo ha dichiarato di volerne approffittare (251). Secondo il codice Ticinese la stipulazione fatta a vantaggio di un terzo è valida in modo assoluto: qualora il terzo abbia manifestato il suo consenso è irrevocabile (252).

§. Procterea.

SOMMARIO

Antinomia fra il presente paragrafo e un responso di Ulpiano.

Quando il promissore non risponda adequatamente e congruamente alla domanda dello stipulante, la stipulazione è inutile. Se primo abbia domandato cento puramente, e Secondo gli abbia concessi sotto condizione; ovvero se Primo abbia richiesto dieci, e Secondo abbia promesso cinque, non è contratta obbligazione di sorta. Alcuni Interpreti, tratti dall' autorità di Ulpiano, sono di avviso che l' obbligazione consista almeno nei cinque. E per vero, le parole di questo illustre giureconsulto non potrebbero essere più chiare. *Si stipulanti mihi decem*, egli dice, *tu viginti respondeas; non esse contractam obbligationem, nisi in decem, constat; ex contrario quoque, si me viginti interrogante, tu decem respondeas, obbligatio nisi in decem non erit contracta: licet enim oportet congruere summam, attamen manifestissimum est, viginti decem inesse* (253). Altri all' opposto indotti dall' au-

(249) Stracc. de adject. part. 4. quaest. 8.

(250) Veggasi quello che abbiamo detto nel principio del titolo XIV. n. 4. di questo libro.

(251) Cod. civ. Franc. art. 1121. Cod. Belg. eod. Cod. delle D. S. art. 1075. Cod. Albert. art. 1208. Cod. Parmens. art. 1094.

(252) Cod. Ticin. art. 530.

(253) L. 1. §. 4. ff. de verb. obl.

torità di Gaio, sono di parere che la stipulazione sia inutile in tutto. E, in fatti, anche la sentenza di questo giureconsulto non potrebbe essere più evidente. *Si creditor*, egli dice, *decem solidos debitorem interrogat, et debitor quinque promittat, hoc ordine totum debitum vacillare cognoscitur* (254). Fatto il confronto del presente paragrafo con queste risposte, apprendiamo che Giustiniano e Gaio sono in contraddizione con Ulpiano. Hotmann sostiene che i due testi sopra citati sono fra loro apertamente contrari e che non si possono a patto veruno conciliare. Il Gotofreddo ed altri furono di sentimento diverso. Dissero che nella fattispecie proposta da Ulpiano si dee presumere che la diversità della risposta abbia alle parti immediatamente soddisfatto; e che perciò, quasi fosse al momento intervenuta una nuova stipulazione, l' obbligazione sia diventata valida; ma che nel caso proposto da Gaio, non essendo sul fatto intervenuta la conformità della risposta, non v' ha luogo a presumere l' intervento della nuova stipulazione, e l' obbligazione rimane inutile. Il Vinnio distrugge questa ingegnosa conciliazione, osservando che nella fattispecie recata da Ulpiano l' obbligazione è valida in forza della legge medesima, senza l' intervento di alcuna nuova approvazione dello stipulante. E per sostenere la sua sentenza non gli mancano di certo buoni argomenti, nè testi (255).

Io, per me, credo che l' Hotmann abbia ragione. Se noi vogliamo considerare che da' tempi di Gaio a quelli di Ulpiano decorsero da sessant' anni di spazio, non ci farà meraviglia, se, mutandosi col tempo i costumi, e acquistando gli uomini maggior cognizione e coltura, la giurisprudenza si andasse poco per volta ripulendo delle antiche superstizioni. Chiunque voglia una prova di questa proposizione, osservi quante vicende, quante innovazioni, quante correzioni, anche in fatto di leggi, pervennero a noi da cinquant' anni addietro. Non è egli un errore il credere che il tempo, il quale tutto cambia, tutto rinnuova, non debba cambiare e rinnuovare anche le genti e i costumi? Cambiati e rinnovati le genti e i costumi, è giuoco forza che cambino i legislatori e le leggi.

Prescindendo da tutte le dispute degli antichi, se Primo abbia domandato cento puramente e Secondo gli abbia concessi sotto condizione; ovvero se Primo abbia domandato dieci, e Secondo abbia risposto cinque, oggigiorno che le stipulazioni sono uguagliate a' patti,

(254) Lib. 2. Inst. tit. 9. §. 10.

(255) L. inter, 23. §. item si, 4. §. quotiens 17. inst. cod.

l' obbligazione è valida ed efficace, qualora le parti abbiano manifestato il loro consenso, e siano pienamente e congruamente d' accordo (256).

§. Pupillus, 9.

Sulla disposizione di questo paragrafo può riscontrarsi quello che abbiamo detto nel principio del titolo XXI. libro I. di queste istituzioni.

§. Sed quod diximus, 10.

SOMMARIO

Osservazioni sul presente paragrafo.

Per legge civile il pupillo maggiore dell' infanzia può validamente obbligarsi, qualora intervenga il consenso e l' autorità del tutore. Il figlio di famiglia impubere non può obbligarsi, sebbene intervenga il consenso del padre. La ragione di questa differenza è che il pupillo, contraendo, acquista a sè stesso, non al tutore; laddove il figlio di famiglia acquista al padre, non a sè stesso (257). Del rimanente, essendo il padre oggigiorno legittimo amministratore de' beni del figlio, soggetto alla sua potestà (258), e potendo egli in favore e per utile del medesimo far qualunque atto (259), ne segue che col consenso del padre possa oggigiorno il figlio validamente obbligarsi (260).

(256) Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 3. tit. 12. §. [illegible]68. Vinnio, hic. n. 4. in fin.

(257) Vinnio, hic. n. 6. in fin.

(258) Fac. l. infanti, 18. in fin. Cod. de jur. delib. l. ult. §. sin autem. 4. in fin. Cod. de bon. quae lib.

(259) Ruota, nella Beneventana Primogeniturae, 18. Marzo, 1793.

(260) Veggansi il Graman. discept. for. cap. 865. n. 43. et seq. Castill. de usufr. cap. 3. n. 59. Paschal. de virib. patr. pot. part. 1. cap. 2. n. 5. et seqq. Card. de Luc. de alienat. dis. 27. per tot. Ruota, Decis. 103. n. 16. part. 6. Decis. 238. n. 10. 11. part. 8. rec. Segnat. del 14. Marzo, 1839. Fanen. Circumscriptionis, Conventati.

§. Item verborum, 12.

SOMMARIO

Negli odierni costumi si può validamente contrarre una stipulazione anche per lettera.

La stipulazione dovea contrarsi a voce (261): contestualmente e senza alcun intervallo di tempo dovea precedere la domanda e seguire la risposta (262). Prescritte queste rigorose formalità, la stipulazione non poteva aver luogo fra assenti. Indi ne seguiva che gli uomini di poca fede, traendo partito dalle disposizioni della legge, spesse volte impugnavano il proprio contratto, allegando che nel giorno della stipulazione o l' una o l' altra parte era assente. Siccome il contratto consisteva tutto in parole, era difficile poterne provare l'esistenza. Giustiniano, fatto capace di simili inconvenienti, intese a prevenirli, disponendo che se venisse prodotto un istromento, pel quale si provasse che nel giorno della seguita stipulazione le parti erano presenti, dovesse il medesimo fare piena fede. Dopo quell' epoca s' introdusse poco per volta in pratica l' uso di mettere le stipulazioni in iscritto. Nulladimeno l' istromento non era totalmente necessario, e non serviva che per una prova, dovendo sempre alla validità della convenzione precedere la solenne proposta, e poscia seguire la risposta (263).

Oggigiorno che le stipulazioni sono uguagliate ai patti, non v'ha alcun dubbio che, tolte le antiche sottigliezze, si possa contrarre una valida stipulazione per lettera anche fra assenti. In questo caso però è necessario, che quegli, cui la lettera viene diretta, faccia conoscere l' accettazione del contratto nel primo corso di posta, o almeno entro uno spazio di tempo, in cui sia possibile di parteciparla: in caso diverso, la proposta si tiene per risoluta. E ciò con somma giustizia, altrimenti ne nascerebbe l' inconveniente che una delle parti contraenti rimarrebbe sempre obbligata ad osservare la sua proposta, e l' altra sarebbe sempre in libertà di accettarla o ricusarla a suo piacimento (264).

(261) Einecc. antiq. Rom. hoc. tit. §. 6.
(262) Vinnio hic. n. 1.
(263) Einecc. loc. supr. cit.
(264) Ruota, nella Viterbiense Emphiteusis, 9. Luglio 1839. Muzzarelli:

§. Alteri, 19.

SOMMARIO

Le pene convenzionali oggigiorno non possono eccedere il vero interesse.

Si ripete in questo paragrafo quello che altrove fu detto, cioè che niuno può stipulare per un altro, qualora non siavi di mezzo il suo interesse (265). Si aggiunge però che la stipulazione può esser valida, qualora alla medesima sia aggiunta la pena, caso che il debitore o promissore non faccia o dia quello che ha promesso. Osservano gl' Interpreti che la quantità della pena non ha alcun limite; e che perciò si dee prestare, sebbene oltrepassi il duplo, il triplo o il quadruplo dell' interesse reale (266). Quali limitazioni riceva questa legge nell' uso del foro, venne da noi altrove accennato (267).

§. Vice versa, 21.

La promessa del semplice fatto altrui per diritto civile è inutile. Giustiniano dice che può diventar valida, qualora alla medesima si aggiunga la pena. Oggigiorno è valida sebbene la pena non sia aggiunta (268).

(265) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 4. di questo titolo. Il qual principio, come ivi accennammo, soffre oggigiorno qualche limitazione. Fra le quali stimo che si possano aggiungere tutte quelle stipulazioni o contratti che spesse volte si sogliono fare in favore di persona da nominarsi.

(266) Vinnio, hic. n. 4.

(267) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 7. tit. XVI. di questo libro.

(268) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 3. n. 2. di questo titolo.

TITOLO XXI.

DE' MALLEVADORI

§. Si plures, 4.

SOMMARIO

Osservazioni sul presente paragrafo.

Il mallevadore, entrando di mezzo solo per maggior sicurezza del creditore, secondo le antiche romane leggi, era tenuto solidalmente. Pretermesso il debitore, poteva essere dal creditore convenuto, senza ch' egli potesse a suo vantaggio invocare alcun beneficio per esimersi dall' azione. Se i mallevadori fossero stati in più, la loro condizione era la medesima, e ciascuno di essi era tenuto verso il creditore per l' intiero. Poco per volta le leggi intesero a rendere la condizione loro meno dura. Adriano introdusse il beneficio della divisione, pel quale più commallevadori, obbligati per la stessa causa, potessero fra loro dividere l' obbligazione, e il creditore fosse costretto di esigere da ciascuno solo la propria porzione. Giustiniano introdusse il beneficio dell' ordine, pel quale uno o più commallevadori potessero pretendere che il creditore rivolgesse prima le sue azioni contro il debitore principale. Non furono però lenti i pratici a studiare il mezzo per rendere inutili tutti questi privilegi (269). Cominciarono essi ad obbligare i mallevadori solidalmente, facendo loro rinunciare all' epistola del Divo Adriano, non che al beneficio dell' ordine. Nel qual modo obbligati, rispetto al creditore, cessano di essere mallevadori; e vestono il sembiante di correi o debitori principali (270). Si aggiunga che a' giorni nostri spesse volte per mezzo delle lettere di cambio i mallevadori si sogliono obbligare solidalmente, senza bisogno di alcuna convenzione espressa e senza premettere alcuna rinunzia.

(269) Card. de Luc. de cred. disc. 7.
(270) Card. de Luc. de feud. disc, 50. n. 3. disc, 100. n. 2. disc. 101, n. 8.

§. Fidejussor, 5.

SOMMARIO

Se il mallevadore obbligato in maggior somma, debba ritenersi obbligato sino alla concorrenza.

L' obbligazione del mallevadore è accessoria, e per questo egli non può entrare di mezzo per una somma maggiore di quella che dal debitore è dovuta, sebbene nulla proibisca ch' egli entri mallevadore per una somma minore. Quindi se il reo principale sia debitore di cento, il suo mallevadore non può farsi garante per centoventi, sebbene possa garantirne ottanta solamente. I Romani, nelle formalità loro scrupolosissimi, dichiararono come nulla in tutto l' obbligazione del mallevadore, qualora egli si fosse obbligato in maggior somma (271). Credo che essi così disponessero per questo, che essendo la sicurtà una stipulazione, dovea per conseguenza essere soggetta alle sottigliezze formali delle stipulazioni medesime. Ma uguagliate oggigiorno le stipulazioni ai patti, stimo più consentaneo all' equità, non che alla pratica de' nostri tempi, ch' egli in proposito, rimanga obbligato sino alla concorrenza (272).

(271) Hic. et l. Graece, §. illud, 7. ff. hoc. tit.

(272) Così opinano il Mynsing. hic. n. 1. Duareno, ad tit. de fidejuss. cap. 3. Vasquez. 1. illustr. quest. 40. Hering. de fidejuss. cap. 24. n. 52. Covarr. in c. quamvis, de pact. in 6. part. 2. rubr. §. 6. n. 3. Voet. comm. ad Pand. hoc. tit. n. 4. Ruota, Perus. Decis. 57. n. 6. 7. Pothier, traitè des obbligations. part. 2. ch. 6. sect. 1. n. 376.

TITOLO XXII.

DELLE OBBLIGAZIONI DELLE LETTERE.

SOMMARIO

I. *Dell' eccezione di non numerata pecunia.*
II. *Effetto della medesima. Diritto Canonico.*
III. *Osservazioni sul presente titolo.*
IV. *Pratica del foro e legislazione odierna.*

I. È forza confessare che la rubrica di questo titolo è molto più estesa che non il titolo medesimo; imperciocchè, mentre in essa veggiamo scritto delle obbligazioni che nascono dalle lettere, in tutto il brevissimo corso di questo titolo non troviamo che una semplice obbligazione, la quale, a mio credere, neppur meritava un titolo particolare. Propriamente parlando, qui non si tratta di una vera obbligazione, ma bensì di un' eccezione competente contro l' obbligazione, la quale si potea collocare a suo luogo, cioè nel titolo delle eccezioni, ovvero in quello del mutuo, in cui questa eccezione compete. E in fatti, se il danaro fu realmente numerato, v' ha un vero contratto di mutuo; se non è stato numerato, e l' eccezione venga opposta nel termine prefisso, il contratto non esiste e non ha mai esistito: se non è stato numerato, e l' eccezione non venga opposta, il debitore è astretto al pagamento in forza del contratto, come se il prestito fosse realmente intervenuto, ossia in forza del mutuo medesimo. L' obbligazione delle lettere non produce un' azione speciale; ma l' azione di mutuo. Essa dunque non può chiamarsi contratto particolare.

II. L' obbligazione delle lettere in sostanza non è che un' obbligazione contratta in forza del mutuo. Se il debitore abbia nello scritto confessato di aver ricevuto una certa somma, senza revocare entro due anni la propria confessione, rimane in forza della medesima obbligato, sebbene nulla abbia ricevuto. La prefissione di questo termine concede al debitore l' eccezione di non numerata pecunia, per la quale, convenuto entro il biennio, può astringere il creditore alla prova del preteso imprestito. Decorso questo termine, per rigore di diritto civile, non viene ascoltato, quantunque voglia prendere il peso della prova sopra sè stesso (273). Il diritto Canonico però, e la pratica del

(273) Vinnio, quist. scelt. lib. 1. cap. 41.

foro universalmente ricevuta, ammette che, qualora egli sia apparecchiato a provare, possa opporre l'eccezione anche dopo il biennio (274).

III. Prescindendo dalle ragioni che in tempi assai remoti possono aver dato luogo a questa eccezione, io, per me, la reputo manifestamente ingiusta. L'atto non può a meno di far fede contro il confesso, e quantunque per avventura fosse vero che egli non avesse ricevuto il denaro, la legge gli può permettere di provarlo; ma volere addossare il peso della prova a quello che ha già provato per confessione dell'avversario è cosa molto stravagante. In ogni modo, posto anche che il danaro non sia stato numerato, il fatto e la prova esterna milita sempre in vantaggio del creditore; spetta adunque al debitore di provare il contrario. Si aggiunga che neppure è presumibile che un uomo, sebbene lusingato dalla speranza di ottenere un prestito, abbia per tanto tempo rilasciato la sua confessione in iscritto, senza muovere protesto per l'inadempimento della convenzione. E s'egli fu negligente, la sua negligenza medesima l'accusa maggiormente; e in ogni caso la negligenza debbe tornare a carico suo, non a carico altrui. Posto che la legge ammetta che non ostante una confessione iscritta, il debitore, negando di aver ricevuto il danaro, possa addossare il peso della riprova all'avversario, si può dire che le cauzioni servono a nulla, e che ogni persona di poca fede ha il campo libero di poter consumare in liti, e defraudare il suo creditore, negando il prestito, tuttochè sia seguito. Questo è piuttosto un favorire le frodi, che un rendere giustizia.

IV. Fatta capace di questi inconvenienti, la pratica di quasi tutte le nazioni proscrisse dal foro i particolari effetti di quest' eccezione, specialmente ne' luoghi, ov' era più fiorente il commercio, ne' quali il ritardo de' pagamenti poteva spesso recare de' danni gravissimi. Da qualche secolo addietro sino a' giorni nostri ella non fu ammessa nelle confessioni risultanti da pubblici istromenti, o da atti privati, i quali fanno in giudizio la stessa prova (275); come pure nelle lettere di cambio, bastando in esse ad escluderla la clausula *valuta avuta*

(274) Ant. Fabr. Cod. suo for. de non num. pecun. def. 1. Cristin. vol. 3. decis. 37. Sande, lib. 3. tit. 2. def. 1: Ruota nella Acquipend. praelationis, 12. Maggio, 1817. Bussio, §. 14. e nella Foroliv. crediti, 24. Aprile, 1818. Zinnani §. 5.

(275) Decker, lib. 1. dissert. 6. n. 4. Cristin. vol. 3. Decis. 37. n. 6. Borrio, ad cons. Bitur. tit. 2. §. 8. in fin. Perez, tit. Cod. de non num. pecun. Card. de Luc. de cred. in summ. cap. 3. n. 55. Ruota, nella Ferentina Pecuniaria, 17. Maggio 1816. Cesarei de Leonibus, §. 6. e nella Pisaurens, Pecuniaria, 23. Febb. 1818. Odescalchi, §. 8.

o altra equivalente (276). Con retto consiglio vennero questi principii oggigiorno sanzionati dalla moderna giurisprudenza (277). Sembra adunque che l' effetto della suddetta eccezione oggigiorno si limiti alla confessione risultante da atti privati, non riconosciuti legalmente. Ma siccome è più facile al creditore il fare legalmente constare il carattere e la firma del suo debitore che quello di addossarsi il peso di provare la seguita numerazione, così ritengo che di rado in pratica quest' eccezione rilevi oggigiorno il debitore dal peso della prova o dall' obbligo di pagare. Presso le vigenti legislazioni d' Italia e straniere, non v' ha eccezione nel prestito: in qualunque convenzione l' atto fa fede (278).

(276) Einecc. Elem. jur. camb. cap. 3. §. 10. Marré, cors. di dir. commerc. part. 1. §. 256. Ruota, nella Romana Pecuniaria, 28. Aprile; nella med. 3. Luglio, Serlupi, e nella Romana seu Florentina Pecuniaria super fructib. 27. Febb. 1815. Piccolomini.

(277) Reg. giud. §. 776.

(278) Cod. Albert. art. 1416. 1428. Cod. delle D. S. art. 1273. 1276. Cod. Parmens. art. 2266. 2273. Cod. Franc. art. 1319. 1322.

TITOLO XXIII.

DELLE OBBLIGAZIONI CONSENSUALI.

SOMMARIO

Cenno sul presente titolo.

Questo titolo, non che tutti i rimanenti del presente libro, tratta delle obbligazioni che nascono dal consenso. Non è però che il consenso non sia necessario anche ne' contratti, di cui fu parlato ne' titoli precedenti; mentre senza consenso non può sussistere obbligazione alcuna; ma la somma differenza fra il diritto delle genti e l' antico diritto de' Romani dette luogo a questa distinzione. Imperciocchè essendo i precedenti contratti di diritto civile, non bastava per la loro perfezione il semplice consenso; ma era eziandio necessaria la tradizione, le parole, o lo scritto; i rimanenti, all' opposto, essendo di diritto delle genti, per la loro perfezione avevano solo bisogno del semplice consenso, e perciò dagli antichi giureconsulti furono chiamati consensuali.

Ammesso che i contratti consensuali fossero totalmente perfetti col solo e nudo consenso, fu mestieri per conseguenza stabilire che la scrittura non fosse punto necessaria. Non essendo alcuna prova, nè privata nè pubblica, della convenzione, la maggior parte delle alienazioni, le quali cadono sotto il titolo di questi contratti, riguardo a' terzi, rimanevano spesso un mistero. Tale oscurità non poteva a meno di cagionare pessime conseguenze, allorchè la cupidigia o la frode volea trarne partito. In questo caso i danni si faceano più gravemente sentire nelle alienazioni degl' immobili, siccome quelli che possono agevolmente nascondere obbligazioni maggiori e permanenti. Per evitare siffatti inconvenienti, tutte le odierne legislazioni distinsero le alienazioni degli immobili da quelle de' mobili, sottoponendo le prime ad alcune solennità, delle quali abbiamo fatto proposito nel titolo seguente.

Siccome non v' ha obbligazione, la quale non si contragga col consenso, così la distinzione de' contratti consensuali non è ammessa negli odierni codici, quantunque, salvo alcune differenze, ne siano tuttavia ritenuti i principii.

TITOLO XXIV.

DELLA COMPRA E VENDITA

SOMMARIO

I. Le permute naturali, introdotto l' uso delle monete, diventarono estimatorie. La permuta della moneta con le merci o altre cose particolari ebbe il nome di compra, e quella delle merci particolari con la moneta, quello di vendita. Questo contratto, surrogato alle antiche permute, rese più facili le convenzioni e più spedito il commercio. Di esso fecero uso tutti i popoli, e perciò fu ritenuto di diritto delle genti. Indi è che i Romani non l' accerchiarono di tutte quelle formalità, di cui non furono scarsi ne' contratti introdotti dal loro diritto civile. È notabile che le permute semplici, dalle quali questo contratto ebbe origine, andarono tanto più scapitando, quanto più la compra e vendita diventava generica. E però i Romani si avvisarono di dover negare alla permuta la pubblica assistenza, qualora uno de' contraenti non avesse dal suo canto adempiuto al patto, consegnando la cosa, o mettendo in esecuzione l' opera convenuta (279).

(279) L. 7, ff. de pact.

II. I contratti di compra e vendita sono tutti regolati a una maniera, senza distinzione di beni mobili ed immobili. Il consenso, la cosa e il prezzo sono i requisiti sostanziali; mancando uno di essi, il contratto è nullo: fuori di essi per diritto Romano non è altra solennità. La scrittura non è necessaria, e il contratto è valido all' istante e rispetto a chiunque, qualora le parti contraenti non abbiano pattuito ch' esso debba mettersi in pubblico o privato istromento. Se Primo abbia venduto una cosa a Secondo, e poscia la stessa cosa a Terzo, Secondo debb' essere preferito, conforme la nota regola *qui prior in tempore, potior in jure.*

III. Nulladimeno sembra che anche per diritto romano medesimo i suddetti requisiti non siano bastanti per contrarre una valida compra. Parecchi sono gli autori, i quali, essendo di avviso contrario, riprovano apertamente Giustiniano, quasi avesse parlato con poco di accuratezza, dicendo che la compra si contrae col solo consenso. E ciò per questo, che se il solo consenso fosse bastante alla perfezione del contratto, la tradizione non sarebbe necessaria; laddove pertanto senza tradizione il contratto in effetto è inutile. Quindi se Primo abbia venduto una cosa a Secondo e poscia la stessa cosa a Terzo, non ostante il primo contratto, Terzo viene preferito, qualora al medesimo sia stata fatta la tradizione. Che che però ne sia di questa censura, è certo che per legge romana la compra e vendita è perfezionata, tosto che le parti convennero nella cosa e nel prezzo. La cosa, il prezzo ed il consenso perfezionano il contratto; la tradizione il consuma: quelli danno l' azione personale, questa la reale, operando la traslazione del dominio.

IV. La tradizione presso i Romani teneva quasi luogo di una certa pubblicità, la quale metteva i terzi in situazione di poter contrattare con sicurezza. Questa sorta di pubblicità era però molto meschina, imperciocchè bastando per costituire la tradizione anche la clausula del costituto (280), era molto malagevole il far conoscere l' esistenza di un precedente contratto. Ma se le tenebre poteano facilmente avvolgere nel mistero un' alienazione, nella quale il dominio s' era trasmesso mediante la tradizione, molto maggiormente potevano in questo mistero avvolgerla, quando il contratto consisteva nel mero consenso. Simile oscurità non potea partorire che pessime conseguenze, e spesso lasciava libero l' adito alle frodi. Ed in fatti, non essendo il contratto che a cognizione delle parti contraenti, era facilis-

(280) L. quoties, 15. de rei vind.

simo al venditore di far più vendite successive, e in tal modo compromettere gl'interessi de' compratori. È ben vero che le leggi Romane nella fattispecie di una cosa venduta a due persone, davano la preferenza al primo compratore; ma la difficoltà consisteva nel conoscere qual fosse il primo. Questa anteriorità si dovea desumere da uno scritto; e per tale oggetto, se fossevi stato, lo scritto dovea contenere una data precisa. L'alterare le date a que' tempi era la cosa più facile al mondo. Obbligare i contraenti a far uso di un mezzo che facesse costare la prima e vera data del contratto, sarebbe stato un dilungarsi troppo dal diritto naturale, del quale i Romani nei contratti consensuali erano tenerissimi 281). Quando, nel progresso della giurisprudenza, Giustiniano decise che la cosa venduta dovesse appartenere a quello che n'avesse avuto la tradizione, ciò, senza dubbio debb' esser stato costituito, perchè questi, a preferenza d'ogni altro, offeriva una certezza legale del suo acquisto E in fatti, quella legge medesima che gli accorda simile preferenza, gliela nega totalmente, qualora si conosca ch' egli avea cognizione del contratto precedente (282).

V. Questo però non era il solo inconveniente delle antiche leggi. Il sistema ipotecario de' Romani offre una certa specie di semplicità, la quale, perdoni il lettore, parmi in contraddizione con tutte quelle rigorose ed inutili formalità, delle quali accerchiarono molti atti di minor rilievo. Sebbene nelle antiche leggi civili, egli conservasse una certa specie di pubblicità mediante la finta tradizione (283), nulladimeno i Pretori, come al solito, si allontanarono dallo spirito di queste leggi, permettendo che le ipoteche si potessero costituire anche per semplice patto. In questo modo l'esistenza delle ipoteche rimanea, per così dire, nel petto de' contraenti; e mentre il compratore riputava di aver acquistato una proprietà libera, spesso la trovava aggravata d'incogniti pesi, de' quali egli n'era la vittima. Si aggiunga che siccome tanto l'ipoteca, quanto la vendita, si potea contrarre col nudo consenso, tanto l'una che l'altra potevano del pari essere ignote; e quindi non era molto difficile all'alienante di costituire, anche dopo la vendita, nuove ipoteche a pregiudizio dell'acquirente. È ben vero che, siccome tali ipoteche veniano costituite da persona, la quale si era spogliata di ogni diritto sulla cosa venduta, non potevano a meno di esser nulle. Tuttavia, per cadere

(281) Einecc. antiq. Rom. hoc. tit. in princ.
(282) Brunemman. in d. l. quotiens, 15. Cod. de rei vind.
(283) Veggasi quello che abbiamo detto nel principio del tit. I. lib. XX. ff.

sotto questa nullità, era mestieri costasse dell' atto, pel quale il venditore s' era spogliato del suo dominio. Mentre tutto consisteva nel mero consenso, era difficile il provare se fosse preceduta la vendita, oppure l' ipoteca; e, dato per ipotesi, che fosse anche intervenuto lo scritto, mediante un' antidata la malvagia fede dell' alienante potea facilmente rendere anteriore l' ipoteca alla vendita.

VI. Fino da' tempi di Giustiniano si conobbe che il modo messo in opera dagli antichi per costituire l' esistenza delle ipoteche era troppo oscuro, e che perciò meritava qualche disposizione particolare. Fu quindi creduto opportuno di stabilire che le ipoteche convenzionali si dovessero costituire con atti avanti persona pubblica, ovvero con atti privati fatti alla presenza di testimoni degni di fede (284). In questo modo l' esistenza dell' ipoteca veniva ad acquistare un carattere di pubblicità, molto rilevante negl' interessi de' terzi. Ma quanto alla compra e vendita non fu introdotta innovazione alcuna, e perciò rimase nell' antica ambiguità.

VII. Lungo sarebbe il riferire le precauzioni che da tutti i popoli s' introdussero per rendere stabili i contratti e chiare le ipoteche. Se ci fosse permesso di sorpassare i limiti della nostra opera, ora sarebbe a dimostrare come a tale oggetto pubblici istromenti sovente si prescrivessero, gli uffici de' notai tenacemente si regolassero, protocolli ed archivi per tutto s' istituissero. I danni che spesso sotto la buona fede ne incoglievano a' terzi per l' oscurità, in cui erano avvolti tanto quelli che queste, e generalmente tutti gli atti traslativi di dominio, fecero pensare il mezzo di dar loro una certa pubblicità, per la quale i terzi potessero venirne in cognizione. Per evitare le frodi primo Lottario Augusto volle che gl' istromenti s' avessero a scrivere d' innanzi al conte, cioè al governatore; oppure alla presenza de' suoi vicari o degli scabini (285). Saggie e più precise furono su questo rapporto le costituzioni di Urbano VIII, il quale dopo Sisto V, e altri Pontefici suoi antecessori, stabiliva un archivio generale, ove si dovessero ricevere, registrare e perpetuamente custodire tutti gli atti tanto di ultima volontà che tra' vivi, acciocchè de' medesimi si potesse all' uopo avere una certa prova. Nè ciò bastando all' antiveggenza di questo illustre Pontefice, stabiliva ugualmente un archivio particolare pe' beni de' baroni, acciocchè fossero a tutti noti i pesi, de' quali erano gravati. Ad entrambi con ottimo consiglio de-

(284) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 1. tit. I. lib. XX. Digest.
(285) Murat. Antiq. med. aev. Diss. 12.

putava uno speciale conservatore, acciocchè al bisogno rilasciasse copia di tali atti a chiunque vi avesse avuto interesse (286). Sembra per vero che sino da due secoli addietro questo laudato Pontefice abbia in tal modo indicato le traccie, e quasi gettato le prime basi di un sistema che a' giorni nostri dovea formare la parte più interessante della giurisprudenza civile. I rimanenti popoli Italiani, quelli di Germania, di Olanda e di altre nazioni, presero anch' essi ottimi provvedimenti, acciocchè gli atti traslativi di proprietà e costitutivi d'ipoteche fossero a' terzi palesi. In alcuni luoghi prescrivevasi la solennità del pubblico istromento; in altri si volea che la tradizione avesse effetto innanzi al giudice del luogo, ove la cosa era situata. I francesi particolarmente aveano stabilito che, per operare il trasferimento della proprietà, fosse necessaria la trascrizione.

VIII. Sopraggiunta l' invasione Francese, quasi per tutto le antiche costumanze sparirono. Nel tempo ch' essi occuparono l' Italia, nuovi costumi introdussero, nuove leggi stanziarono. L' esistenza de' contratti, la vincolazione e liberazione delle proprietà fondiarie fu resa pubblica. L' utile de' nuovi principii era evidente. Cessata l' occupazione, non solo si ritennero, si migliorarono. Fu stabilito il registro degli atti e il sistema ipotecario. Si volle con essi togliere que' medesimi inconvenienti, pe' quali s' era mosso con le sue costituzioni l' ottavo Urbano. Tolte di mezzo tutte le soverchie prerogative sociali, i tempi permisero di fare ciò che in altr' epoca sarebbe forse stato malagevole.

IX. Il registro è quello che fissa con sicurezza l' epoca degli atti e de' contratti. Siccome per esso si ottiene la data certa, così resta del tutto preclusa la strada a quelle frodi che si potrebbero commettere col fare un' antidata a un' alienazione o altro contratto nuovamente stabilito, per rendere inutile la prima in pregiudizio del compratore o altro contraente. In questo modo l' odierna giurisprudenza prevale all' antica; poichè mentre l' antica rigorosa d' inutili

(286) Le costituzioni di Sisto V. poscia rinnovate da più Pontefici sino a Benedetto XIV. negavano ogni fede alle scritture e agl' istromenti, qualora non fossero archiviati. L' archiviazione somministrava i mezzi di garantire la buona fede, e la legittimità de' contratti e degli altri atti concernenti gl' interessi privati, di assicurare la conservazione e di provvedere ai casi di smarrimenti, di sottrazioni o di occultazioni. Dalla medesima si potea desumere la certezza della data. Sotto il Pontificato di Pio VII. il sistema dell' Archiviazione fu combinato con quello della registrazione, il che venne poscia confermato dal Moto-proprio sovrano di Leone XII.

formalità non offeriva un punto fisso per far costare del vero e primo consenso in un atto di tanta entità come la vendita e l' ipoteca; la nuova e moderna vuole munito della pubblica autorità ogni atto, sebbene di minore importanza. Innanzi alla legge oggigiorno si ritiene per acquirente quegli che ha in suo favore la certezza della data. Un' alienazione fatta con atto privato e non registrata non può mai prevalere ad una vendita che ha data certa. Tolto questo principio, i contratti si annullerebbero a piacimento della cupidigia e della frode, e si darebbe nuovamente il campo a quegli inconvenienti che si vollero togliere. Esso trovasi sanzionato da tutte le moderne legislazioni. (287).

X. Ma sebbene la data certa determini la vera epoca del contratto e decida a quale di due compratori debba darsi la preferenza, nulladimeno essa non opera la traslazione del dominio. Secondo le regole di diritto comune, si esige a tal uopo la tradizione, nè io trovo alcuna legge, la quale abbia derogato a questo principio. Donde si può inferire che, non ostante la certezza della data, tra due compratori, cui sia stato venduto lo stesso fondo, debba preferirsi quegli che ne abbia avuta la tradizione. E ciò quantunque la data del suo titolo sia posteriore di tempo, purchè d' altronde sia in buona fede e possa verisimilmente ignorare l' esistenza della vendita precedente (288). È questa una necessaria conseguenza del principio che la data non trasferisce il dominio. E in fatti, la data fissa l' epoca del titolo; ma il titolo, quanto alla translazione del dominio, non è che la causa remota; la prossima è la tradizione (289).

Quasi tutte le odierne legislazioni credettero più a proposito di dover recedere dal principio che la vendita non trasferisce il dominio senza tradizione. In Francia, negli Stati Sardi, ne' Ducati di Parma, Piacenza e Guastalla, nel regno delle Due Sicilie e nella repubblica Ticinese, la vendita è perfetta dal momento che siasi convenuto sulla cosa e sul prezzo. Da quel momento la proprietà delle cose si acquista dal compratore, quantunque non sia peranco seguita la tradizione,

(287) Mot-Prop. di Pio VII. art. 204. Regol. sul reg. di Leon. XII. art. 2. Cod. civ. Franc. art. 1328. Cod. Albert. art. 1436. Cod. delle D. S. art. 1282. Cod. Austr. art. 431. Cod. Parm. art. 2278.

(288) Arg. l. quoties, Cod. de rei vind. Veggasi la Ruota, nella Sabinens. Jactationum, 27. Marzo 1843. Marini, §. 12.

(289) L. traditionibus, 20. Cod. de pact.

nè pagato il prezzo (290). In conseguenza di questo principio è chiaro che il dominio si acquista immediatamente da quello che può vantare in suo favore l'anteriorità della data. Che anzi in qualche codice trovasi espressamente stabilito che se alcuno venda a due persone lo stesso fondo in tempi diversi, il primo compratore, giustificando il suo acquisto con iscrittura autentica o con atto privato che abbia data certa, debb' essere preferito al secondo, tuttocchè questi sia stato più sollecito a trascrivere il suo titolo (291). Prescindendo dalla soverchia delicatezza delle leggi romane sui modi di acquistare per diritto civile o per diritto delle genti, parmi che il principio adottato dalle moderne legislazioni sia più conveniente ai moderni istituti, i quali prescrivendo il registro degli atti, vollero in ogni modo evitare le frodi per parte dei contraenti. Quando il proprietario si è spogliato di un immobile mediante un contratto abile a trasferire il dominio e con un prezzo convenuto, egli ha sovr' esso perduto ogni diritto. È quindi contrario all' equità ch' egli possa metterne in seguito in possesso un nuovo acquirente. La qual cosa tanto più si rende ingiusta, in quanto, perfezionato il contratto di compra e vendita, il pericolo delle cose vendute spetta al compratore medesimo. I Romani si allontanarono da questo principio negli atti di ultima volontà, decidendo che il dominio della specie legata passasse nel legatario senza il bisogno della tradizione, dal giorno della morte del testatore; saggiamente le odierne legislazioni, per togliere ogni occasione di litigio, vi recedettero nella compra e vendita, essendo di pubblico interesse che l' esito della convenzione non venga rimesso all' arbitrio dell' alienante.

XI. Nulladimeno questo dominio che mediante un titolo di certa data si trasmette presso noi colla tradizione, e presso gli altri popoli senza tradizione (292), all'acquirente, si ritiene trasferito soltanto riguardo al venditore, non già riguardo ai terzi. Questo principio, introdotto dalle nuove leggi ipotecarie, e derogatorio alla legge del diritto comune, è oggigiorno sancito da quasi tutte le vigenti legislazioni (293). Non basta adunque negli

(290) Cod. Franc. art. 1583. Cod. Albert. art. 1589. Cod. Parmens, art. 1389. Cod. delle D. S. art. 1428. Cod. Ticin. art. 303.

(291) Cod. delle D. S. art. 2081.

(292) Salvo l' Austria. Cod. Austr. art. 1053.

(293) Mot-Prop. di Pio VII. art. 51. 56. Mot-Prop. di Leone XII. art. 88. 91. Mot-Prop. di Gregorio XVI. art. 189. 190. Cod. Franc. art. 1583. Cod. delle D. S. art. 1428. Cod. Albert. art. 1589. Cod. Parmens. art. 1389. LL. Tosc. sul sistema ipotec. 2. Mag. 1836. art. 117.

odierni costumi che il compratore abbia a suo vantaggio l'esistenza di un contratto con data certa. Perchè egli possa comparire proprietario rispetto ai terzi è necessaria la trascrizione. La pubblicità del nuovo sistema, il quale ebbe in iscopo di togliere gl' inconvenienti, di cui parlammo nel quinto numero del presente titolo, esige quest' atto.

XII. Prima della pubblicazione del Codice Francese, dal quale ci pervenne il sistema ipotecario, e per conseguenza il nome di trascrizione, questa era necessaria per operare il traferimento della proprietà; ma dopo la pubblicazione del suddetto Codice, la trascrizione non ebbe altro scopo che quello di preparare la liberazione dell' immobile dai privilegi e dalle ipoteche nell' interesse dell' acquirente. Essa è *un atto facoltativo*, *pel quale si fa conoscere a' terzi la traslazione del dominio di un immobile in altra persona, affine di purgarlo dai privilegi e dalle ipoteche.* Questa nostra definizione, la quale non so se da altri sia peranco stata data, rende abbastanza palesi la natura, l' indole, gli effetti, il fine e le conseguenze della trascrizione. E in fatti,

Diciamo ch' ella sia *un atto facoltativo*: da questa proposizione viene di conseguenza che la solennità di quest' atto è rimessa nel libero arbitrio de' contraenti. Le moderne leggi prescrivono che tutti gli atti di vendita, di alienazioni di beni, debbano essere resi pubblici mediante la trascrizione (294). Ma questa pubblicità non è ricercata che nel solo interesse dell' acquirente; è un beneficio dalle leggi concesso, acciocchè il medesimo possa mettersi al coperto da que' privilegi ed ipoteche che si potessero imporre sul fondo dopo fatto il contratto (295). Ora, siccome *privilegium invito non datur*, così l'acquirente, volendolo, può farne a meno, mentre la legge, prescrivendo nelle alienazioni la trascrizione, non intese a imporre alcuna necessità, ma solo una facoltà ed un mezzo, pel quale i contraenti potessero garantire i loro acquisti (296).

Diciamo ch' ella sia un atto, *pel quale si fa conoscere la traslazione del dominio*: dunque il dominio è trasmesso indipendentemente dalla trascrizione. E in fatti, sebbene il sistema ipotecario ab-

(294) Mot-Prop. di Pio VII. art. 50. Mot-Prop. di Leone XII. art. 81. Mot-Prop. di Gregorio XVI. art. 183.

(295) Mot-Prop. di Pio VII. art. 51. Mot-Prop. di Leone XII. art. 87. Mot-Prop. di Gregorio XVI. art. 190. Ruota, nella Romana graduationis, 7. Marzo, 1817. Odescalchi, §. 17.

(296) Ruota, nella Romana graduationis, 11. Maggio 1840. Muzzarelli, §. 3.

ha molta affinità con la traslazione del dominio, è però vero ch' ella in ciò non ha punto che fare. Il che provasi all' evidenza col testo delle moderne leggi medesime. Imperciocchè prescrivendo esse che tutti gli atti e contratti di alienazione e di vendita possano o debbano esser fatti pubblici mediante la trascrizione (297), presuppongono per regola l' esistenza di un contratto di vendita o di altra alienazione. Ora, il contratto non potrebbe farsi pubblico, qualora non esistesse; e non potrebbe esistere, qualora non fosse perfetto. Dobbiamo adunque ritenere che il nuovo sistema ipotecario non ha punto derogato alle leggi del diritto comune, per le quali il dominio si trasmette con la tradizione, e non con la trascrizione (298). Indi è che se un venditore avesse alienato lo stesso fondo a due persone, e la prima avesse trasandato di trascrivere il suo titolo, quest' ommissione non sarebbe sufficiente per dare la preferenza alla seconda (299).

Diciamo ch' ella sia un atto pel quale la traslazione del dominio *si fa conoscere a' terzi*: questa proposizione dimostra la pubblicità del nuovo sistema ipotecario e il carattere della trascrizione: dunque finchè la traslazione del dominio non sia stata fatta conoscere a' terzi mediante la trascrizione, riguardo ad essi, non produce effetto (300). E in fatti, sebbene conforme le regole del diritto comune e i principii sopra esposti il dominio sia trasferito nel compratore solo in forza della tradizione, nulladimeno, quanto agli effetti ipotecari e riguardo a' terzi, questo per finzione di legge rimane presso al venditore sino al giorno della trascrizione (301). In questo caso l' acquirente viene considerato come un terzo possessore e detentore della cosa altrui, al quale per conseguenza non compete la facoltà d' impugnare le ipoteche legalmente iscritte da' creditori dell' alienante medesimo (302). Poco rileva s' egli sia stato sollecito nel fare la vol-

(297) Mot-Prop. di Pio VII. art. 50. Mot-Prop. di Leone XII. art. 81. Mot-Prop. di Gregorio XVI. art. 183.

(298) Ruota, nella Romana graduationis, 7. Marzo 1817. Odescalchi, §. 17. e nella Romana graduationis, 11. Maggio, 1840. Muzzarelli; §. 3. e segg.

(299) Ruota, nella Camerinen. praelationis, 6. Luglio 1835. De Cursiis, §. 19. et seqq.

(300) Mot-Prop. di Pio VII. art. 51. 55. Mot-Prop. di Leone XII. art. 87. 91. Mot-Prop. di Gregorio XVI. art. 189. 190.

(301) Ruota, nella Romana graduationis, 22. Marzo 1844. Muzzarelli. §. 1. e segg. e nella Pisaurens. Associationis 5. Agosto 1842, Bonini §. 10.

(302) Ruota, nella Romana seu Nepesina actionis hypothecariae 27. Gennaio 1831. Spada, §. 5. e nella Romana graduationis, 11. Maggio 1840. Muzzarelli §. 23.

tura del suo nuovo acquisto. I creditori dell' alienante che avessero iscritto la loro ipoteca sull' immobile alienato, prima della trascrizione, non potrebbero per questo essere da lui respinti, mentre presso noi la trascrizione, e non la voltura, dimostra a' terzi il passaggio del dominio (303).

Diciamo ch' ella sia un atto, pel quale si fa conoscere la traslazione del dominio *di un immobile in altra persona.* Dunque la trascrizione non ha luogo che nelle alienazioni di cose immobili. La pubblicità del nuovo sistema ipotecario non ebbe di mira i mobili, perocchè, essendo essi soggetti a cambiar di padrone ogni momento, non offerivano una stabilità da potervi fondare un tale principio (304).

Finalmente aggiungiamo ch' ella sia un atto, pel quale si fa conoscere la traslazione del dominio d' un immobile, *affine di purgarlo da' privilegi e dalle ipoteche.* Queste ultime parole dimostrano lo scopo della trascrizione che è appunto quello di liberare l' immobile da' pesi in esso inerenti. È però degno di osservazione che presso noi lo scopo della trascrizione è molto più esteso che nelle rimanenti legislazioni Italiane e Francesi. Imperciocchè, secondo le nostre leggi, la trascrizione non solo tende a purgare l' immobile dalle ipoteche precedenti alla vendita; ma eziandio ad arrestare gli effetti di quelle che il venditore si potrebbe permettere anche dopo la vendita stessa. Il che viene in conseguenza di quel principio che, prima della trascrizione, il dominio della cosa venduta, per finzione della legge, non ostante la tradizione, riguardo a' terzi è tuttavia nell' alienante, e non nell' acquirente (305). Quindi è che presso noi, non ostante il contratto di vendita perfetto e consumato, qualora l' acquirente abbia negligentato di trascrivere il suo acquisto, i creditori dell' alienante possono sul fondo venduto utilmente iscrivere le loro ipoteche, tanto per titoli anteriori, quanto per titoli posteriori all' alienazione; nel qual caso è loro accordata la preferenza sopra i creditori dell' acquirente,

(303) Ruota, nella Bononiens. seu Faventina pecuniaria, 23. Giugno 1817. Odescalchi, §. 14. e nella Firmana actionis hypotecariae, 12. Dicembre, 1836. De Cursiis, §. 14. Veggasi quello che abbiamo detto nel numero seguente.

(304) Veggasi quello che abbiamo detto nel principio, e generalmente per tutto il titolo I. lib. XX. de' Digesti.

(305) Ruota, nella Romana graduationis 11. Maggio, 1840. Muzzarelli, §. 23.

sebbene questi vantino un' ipoteca di tempo anteriore (306). Ma negli Stati Sardi, nel regno delle Due Sicilie, nei ducati di Parma, Piacenza e Guastalla, nella Francia e nel Belgio la trascrizione non è punto necessaria per arrestare il corso delle ipoteche posteriori alla vendita. Dacchè il venditore ha alienato il fondo, egli perde ogni diritto di costituire privilegi ed ipoteche sopra una proprietà che non è più sua. La trascrizione non ha altro scopo che quello di liberare il fondo dalle ipoteche precedenti. Tosto ch' ella sia seguita, i creditori del venditore, posteriori all' alienazione, non possono acquistare alcun diritto sopra l' immobile venduto. Questa facoltà viene solamente concessa a que' creditori dell' alienante che avrebbero potuto iscrivere la loro ipoteca per un titolo anteriore, non posteriore, alla vendita; semprecchè essi l' esercitino entro un tempo più o meno lungo (307), dal giorno, in cui fu fatta la trascrizione (308). Non è contrario il principio universalmente ammesso da tutte le sopraddette legislazioni che la vendita è perfetta solo riguardo a' contraenti, ma non riguardo a' terzi (309). Imperocchè questo principio significa che la vendita non può obbligare que' terzi, i quali avessero acquistato dei diritti sopra l' immobile anteriormente alla medesima; ma riguardo a quelli che non avessero a quell' epoca acquistato alcun diritto, la vendita è perfettissima, e, riguardo loro, il compratore ha nulla da temere.

§. Item, 2.

SOMMARIO

Osservazione sul presente paragrafo.

Da questa legge sembra potersi inferire che a' tempi della guerra Troiana non fosse peranco in uso il danaro, nella qual sentenza

(306) Mot-Prop. di Pio VII. art. 55. Mot-Prop. di Leone XII. art. 91. Mot-Prop. di Gregorio XVI. art. 190. Ruota, nella confermat. Romana gradnationis, 2. Maggio, 1842. Muzzarelli, per tot. Concorda con la Pontificia la giurisprudenza Toscana, salvo che ivi in vece della trascrizione, si ricerca la voltura. Legge Toscana del 2. Maggio 1836. sul sistema ipotecario art. 117.

(307) In Francia, nel Regno delle Due Sicilie e nel Belgio entro quindici giorni; negli stati Sardi entro trenta giorni e in alcuni casi fra tre mesi; ne' Ducati di Parma, Piacenza e Guastalla entro quaranta giorni.

(308) Cod. di proced. Franc. art. 834. Cod. Albert. art. 2305. Cod. delle D. S. art. 2077. 2080. Cod. Parmens. art. 2220.

(309) Veggasi quello che abbiamo detto nel numero 11. di quest. tit.

inclinano parecchi moralisti, giureconsulti e politici. Siffatta opinione è falsa evidentemente, giacchè le antiche storie, e le stesse sacre pagine ci fanno conoscere che l'uso del danaro è più antico de' Troiani (310). Mostra adunque che i Greci ignorassero i fatti delle antiche potenti Monarchie degli Assiri e degli Egizi. Appare da Plinio (311) che il contratto di comprare e vendere era in uso buon tempo innanzi la guerra Troiana, sebbene i Greci celebrino come inventore del danaro un Eleo, il quale fu di gran lunga più recente d'Omero (312).

(310) Genes. cap. 23. cap. 24. et seqq.
(311) Lib. 7. cap. 56.
(312) Strabone, lib. 8.

TITOLO XXV.

DELLA LOCAZIONE E CONDUZIONE.

§. Adeo, 3.

SOMMARIO

Osservazione sul presente paragrafo.

Quelli che amarono attribuire a' Romani l' origine di quasi tutti i contratti, stimarono che l' enfiteusi fosse un' invenzione de' medesimi. La genesi però ci fa conoscere ch' essa era in uso molto tempo innanzi che fosservi i Romani, e che n' uscissero le loro costumanze (313). È dunque una frivolezza quella di voler sostenere che il contratto enfiteutico sia creatura di Zenone. Questo imperatore non fece altro, se non decidere che un tale contratto non fosse una compra e vendita, e avesse natura diversa dalla locazione e conduzione (314).

(313) Cap. 47. v. 23. 24.
(314) Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. III. lib. VI. Digest.

TITOLO XXVIII.

DELLE OBBLIGAZIONI CHE NASCONO DA QUASI CONTRATTO

§. Ex quibusdam, 7.

SOMMARIO.

Negli odierni costumi la negativa del reo non aumenta il valore della lite.

È disposizione delle leggi romane che chiunque abbia per errore pagato ciò che non doveva, possa, in forza di quasi contratto, ripetere il pagamento. Questa regola generale soffre eccezione in tutti que' casi, ne' quali per la negativa del reo il valore della lite cresce nel doppio; come per esempio, nelle cause di danno dato (315), nell'azione di deposito miserabile (316), e nell' azione de' lasciti fatti in favore della religione (317). Il Vinnio (318) ed altri, ingenuamente confessano di non saper conoscere la ragione di questa disposizione particolare, la quale per vero non è molto consentanea all' equità. Che che però ne sia, certo è che negli odierni costumi di tutta Europa non v' ha alcuna lite, la quale per la negativa del reo cresca nel doppio, e perciò non v' ha alcun dubbio che chiunque abbia pagato un indebito, possa ne' sopraddetti casi reclamarne la restituzione (319).

(315) L. inde Neratius, 23. §. penult. ad l. Aquil. l. item veniunt, 20. §. 4. de haered. pet. l. 5. §. 2. de serv. corrupt.

(316) L. 1. §. 1. cum seqq. ff. depos.

(317) §. Sed furti, 26. infr. de action.

(318) Hic. n. 2.

(319) Giovann. Fabro, hic. Voet, comm. ad Pand. tit. de cond. ind, n. 15. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 4. tit. 8, §. 292.

TITOLO XXIX.

PER MEZZO DI QUALI PERSONE SI ACQUISTA L' OBBLIGAZIONE.

SOMMARIO

I. *Cenno sul presente titolo:*
II. *Degli acquisti fatti per mezzo de' figli di famiglia.*
III. *Degli acquisti fatti per mezzo de' servi.*

I. Giustiniano ne' libri medesimi di queste istituta discorse altrove per mezzo di quali persone acquistiamo le cose ed i dominj (320), per cui non mi sembra molto lungi dal vero l' opinione di quelli che ritengono il presente titolo come superfluo ed inutile.

II. Gli acquisti fatti per mezzo altrui si riferiscono ai figli di famiglia ed ai servi. Quanto a' primi, osservano i dottori ch' essi in pratica sono oggigiorno rarissimi, e quasi ideali. E in fatti, quanto al peculio castrense, siffatta quistione non può aver luogo, mentre in esso il figlio di famiglia acquista tutto per sè medesimo. Quanto al peculio avventizio, la proprietà si acquista parimenti al figlio, e non sono pochi i casi, ne' quali il padre viene anche escluso da quella porzione che la legge gli riserba nell' usufrutto. Quanto al peculio profettizio, propriamente parlando, non ha luogo acquisto alcuno. mentre tutto quello, di cui esso è composto, spetta al padre e non esce mai dal suo dominio, sebbene il figlio ne abbia l' amministrazione. È indubitato che niuno può acquistare quello che è già suo. Poco rileva che il figlio con la sua industria o commercio, ponendo a traffico tal peculio, ne derivi al padre un frutto; mentre questo frutto medesimo proviene dalle stesse cose del padre, e non è che un' accessione di quello che già gli appartiene. Non è meno indubitato che l' accessorio spetta a chi è padrone del principale. Che anzi sonovi parecchi, i quali opinano che se l' industria del figlio sia di qualche rilievo, debbasi da tale acquisto detrarre una parte, proporzionata alla sua fatica personale, la quale, subbentrando in luogo di peculio avventizio irregolare, ceda in utile e vantaggio del figlio medesimo (321).

(320) Veggasi il tit. IX. lib. II. e quello che ivi abbiamo detto.

(321) E così essere stato deciso riferisce il FONTANELL. de pactis, claus. 11. gloss. unic. n. 37. Veggasi il MANGILL. de imput. q. 34. MERLIN. de legitim. lib. 2. tit. 2. q. 26, n. 9. 10. CARD. DE LUC. de fideicomm. disc. 141. n. 16. in fin.

III. Quanto a' secondi, non v' ha alcun dubbio che, abolita oggigiorno la servitù, tutte le antiche teorie sopra i servi sono la maggior parte inutili, rimanendone in pratica una qualche applicazione nei religiosi solennemente professi, i quali, come altrove osservammo, col fatto loro acquistano i dominj e le obbligazioni alla religione o al monistero, al quale appartengono. Siccome però tali istituti dopo la decadenza dell'Impero pervennero, e sono retti da leggi e regole particolari, mi parrebbe più acconcio ch' essi dovessero governarsi con le medesime, anzi che con quelle che tenevano gli uomini in concetto di bestie.

TITOLO XXX.

IN QUALI MODI SI TOLGA L'OBBLIGAZIONE.

§. Item, 1.

§. Est autem, 2.

SOMMARIO

I. *Dell' accettilazione.*

II. *Differenza fra' contratti consensuali, reali e verbali circa il modo di togliere l' obbligazione.*

III. *Abolizione delle antiche formalità de' Romani.*

I. Siccome i Romani fecero pompa di solenni formalità nel modo di contrarre le obbligazioni mediante stipulazione, così fecero di esse altrettanta copia nel modo di poterle estinguere. Ciò era conforme a' principj del loro diritto civile, fra' quali vigeva la regola che qualunque cosa s' avesse a sciogliere in quella stessa maniera, con la quale era stata formata; regola che propriamente avea luogo solo nell' accettilazione e nella espromissione (322). L' accettilazione era un pagamento immaginario, pel quale, mediante nuova stipulazione, veniva tolta la precedente. Poco rileva intrattenerci sulle formalità della medesima, potendo, chiunque ne abbia desiderio, rinvenirle nel Brissonio (323). Dalle regole sopra esposte appare chiaro abbastanza che l' accettilazione non poteva intervenire, se non nelle obbligazioni contratte con le parole. La qual cosa, recando forse non lieve incomodo alla sollecitudine de' commerci e de' contratti, fece pensare a un Aquilio Gallo il mezzo per applicarla a tutte le rimanenti obbligazioni. Questo mezzo consisteva nel ridurre il precedente contratto a stipulazione, per indi applicargli l' accettilazione, la quale, dal nome del suo autore, fu poscia chiamata Aquiliana.

II. Laonde, secondo le romane leggi, nel modo di togliere le obbligazioni era grave differenza fra le obbligazioni civili risultanti da' contratti consensuali, e le obbligazioni civili risultanti da' contratti reali e verbali. Imperciocchè nelle prime la remissione del debito po-

(322) Einecc. antiq. Roman. Inst. hoc. tit. §. 10.
(323) De sol. et liber. l. 2. p. 127.

tesse farsi con una semplice convenzione, nella quale il creditore dichiarasse di essere soddisfatto, e questa convenzione estingueva l' obbligazione ipso jure (324). Ma nelle seconde, perchè la remissione estinguesse il debito, era necessario ricorrere alla formalità dell' accettilazione semplice, qualora l' obbligazione risultava da una stipulazione; ovvero alla formalità dell' accettilazione Aquiliana, se risultava da un contratto reale.

III. Ma dacchè, secondo la retta intelligenza de' Sacri Canoni, abolite le antiche superstiziose sottigliezze, presso tutte le nazioni di Europa le stipulazioni furono in tutto uguagliate a' patti, per necessaria conseguenza andò in esiglio anche la scrupolosa formalità dell' accettilazione. E però negli odierni costumi qualunque obbligazione, in qualsivoglia modo contratta, si estingue ipso jure con la semplice convenzione o dichiarazione del creditore, il quale confessi di aver rimesso il credito, o ricevuto il pagamento. Nulladimeno in pratica i notai, nel copiosissimo repertorio delle loro clausole, serbano tuttora qualche vestigio della stipulazione Aquiliana, solendo essi spesse volte aggiungere negl' istromenti la frase, *anche in vigore dell' Aquiliana stipulazione*, con la quale null' altro intendono significare, se non, che l' obbligazione rimane estinta, sebbene contratta per qualsivoglia titolo.

§. Praeterea, 3.

SOMMARIO

I. *Della novazione.*
II. *Diritto Romano e Giustinianeo.*
III. *Pratica del foro, e legislazione straniera.*

I. Fra' modi, con cui si estinguono le obbligazioni, occupa il luogo anche la novazione. Essa non è altro, che la sostituzione di un nuovo debito all' antico. Per diritto civile in questo cambiamento di obbligazioni si ricerca essenzialmente la stipulazione (325), non essendo sufficiente il patto, nè altro contratto (326). Ma, co-

(324) L. 35. ff. de regul. jur.

(325) L. 1. §. 1. l. 2. l. 5. l. 6. et pass. de novat. l. 1. l. 3. l. 7. l. ult. Cod. eod. l. 6. Cod. si cert. pet.

(326) Vinnio, hic, n. 8,

me più volte osservammo, uguagliati i patti alle stipulazioni, non vi ha alcun dubbio che la novazione in pratica possa oggigiorno farsi anche per semplice convenzione. (327).

II. Ma sebbene le leggi romane, per indurre la nuova obbligazione, esigessero la stipulazione (328), sembra però ch' elle sovente recedessero da tale principio, ammettendo che la novazione potesse giudicarsi intervenuta anche da semplici congnietture ed indizi (329). Parmi che ciò portasse un' implicazione di principii. Imperciocchè, ammesso che la novazione potesse giudicarsi intervenuta anche dietro un semplice indizio, ciò era in opposizione a quelle rigorose formalità che, per essenza, doveano accompagnare le stipulazioni; ammesso ch' ella dovesse contrarsi solo con la stipulazione, ciò era un recedere da que' principii di diritto, i quali apertamente disponevano che la tacita convenzione ha forza uguale all' espressa. Fra queste due opposizioni stimo che la prima fosse più ragionevole. Le parti, formando un contratto, acquistano de' diritti a vicenda: la novazione importa una rinuncia a' medesimi, per acquistarne de' nuovi. I diritti che si rinunciano sono spesso migliori di quelli che si acquistano. E quantunque per avventura i diritti nuovamente acquistati fossero migliori di quelli perduti, può spesso occorrere che il creditore nel suo particolare interesse ami meglio i secondi, che non i primi. Oltracciò non è difficile che il creditore, acquistando i nuovi diritti, non abbia avuto intendimento di rimetterne alcuno, ma solo di aumentarne il numero. Basare una rinuncia, la quale importa un abdicazione a' diritti di già acquistati, sopra una semplice congbiettura o indizio dovea spesse volte partorire di pessime conseguenze a carico de' creditori. La qual cosa non isfuggì alla mente dell' Imperadore Giustiniano, il quale, forse veggendo come sovente da tali congnietture ed indizi ne uscissero i cavilli ed i litigi per alterare o distruggere le precedenti obbligazioni, mediante sua costituzione tentò di precluderne la via, stanziando che la novazione non si dovesse mai giudicare intervenuta, qualora le parti non avessero espressamente dichiarato di voler recedere dalla prima obbligazione, per osservare la seconda (330).

(327) Vinnio, ubi supra, Gudelin. l. 3. de jur. noviss. cap. 12. Pothier, traitè des obligations, part. 3. ch. 2. art. 4. §. 1. n. 593.

(328) Einecc. antiq. Rom. Inst. hoc. tit. §. 10.

(329) Hic.

(330) Hic, et l. ult. Cod. de novat.

III. Ma questa saggia costituzione di Giustiniano ebbe a ricevere da' forensi parecchie limitazioni. Alcuni ritennero che (non ostante le chiare parole della legge) la novazione si dovesse tuttavia giudicare intervenuta sulle presunzioni, dedotte dal fatto de' contraenti (331). Altri, non potendo impugnare l' espressa disposizione della legge, osservarono ch' essa nel foro non fu mai ricevuta (332). Sebbene l' una e l' altra sentenza discordi nelle ragioni, tuttavolta nell' effetto è pienamente concorde. Presso noi la novazione si presume intervenuta, qualora necessariamente il dimostri la serie o la natura delle cose (333), cioè, quando fra due contratti siavi contraddizione, o, come dicesi in foro, *incompatibilità* per modo, che l' uno distrugga l' altro, e siano fra loro in opposizione (334). Presso le rimanenti legislazioni d' Italia, di Francia e del Belgio, basta che la volontà di fare la novazione risulti chiaramente dall' atto (335). Concorda la legislazione degli Stati ereditari Tedeschi e delle provincie spettanti al governo di Milano, per la quale s' induce la novazione solo nel caso che si cangi il titolo legale o l' oggetto principale del credito (336).

(331) Mantic. de tac. et amb. com. lib. 23. tit. 2. Gail. lib. 2. obs. 30. Cristin. vol. 4. Decis. 180. n. 6. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 3. tit. 25. §. 3597.

(332) Tulden. hic. comm. cap. 7. Ant. Fabr. Cod. suo for. hoc. tit. lib. 8. tit. 29. def. 11. et 12. Voet, comm. ad Pand. hoc. tit. n. 3.

(333) Ruota, nella Romana pecuniaria, 4. Luglio 1817. Serlupi §. 9. e nella Romana locationis, 22. Marzo 1833. Muzzarelli, §. 2.

(334) Card. de Luc. de regal. disc. 33. n. 15. Ruota, nella Perusina graduationis, 7. Marzo, 1828. Spada, §. 3. nella Bononiens. pecuniaria super primo dubio, 15. Giugno, 1836. De Retz. e nella Romana pecuniaria, 25. Gennaio, 1841. D' Avella, §. 3.

(335) Cod. Albert. art. 1365. Cod. delle D. S. art. 1227. Cod. Parmens. art. 1256. Cod. Ticin. art. 643. Cod. Franc. art. 1273. Cod. Belg. eod.

(336) Cod. Austr. art. 1376. e segg.

DELLE LEGGI ROMANE

ABROGATE, INUSITATE E CORRETTE

SECONDO L' ORDINE DELLE ISTITUZIONI IMPERIALI

LIBRO IV.

TITOLO I.

DELLE OBBLIGAZIONI CHE NASCONO DAL DELITTO

SOMMARIO

I. *Origine e divisione dei delitti.*

II. *Distinzione de' medesimi in pubblici e privati impertinente all' odierno sistema criminale.*

I. La differenza del modo, con cui gli uomini presero a soddisfare ciò che mancava a' loro bisogni, consiste in un fatto lecito o in un fatto illecito. Sebbene d' indole e causa differenti, nulladimeno entrambi per necessaria conseguenza debbono tenere obbligato chiunque l' abbia posto in esecuzione. La disuguaglianza de' poteri fisici, economici e morali introdusse le obbligazioni; la medesima disuguaglianza introdusse i delitti (1). Di questi, come di quelle, varie sono le specie; diversi gli effetti. La precipua divisione, e la più adattata alla forma dell' antico governo de' romani, è quella dei delitti in pubblici e privati, della quale si tratta nel presente libro. Questa distinzione ci fa conoscere che in alcuni delitti la libertà di accusare è concessa a tutti; e in altri solo alla parte offesa. Parecchi interpreti vollero assegnare la ragione di questa differenza. Alcuni osservarono che, qualora l' offesa non ridondi a pubblico danno, è incompatibile il richiamarsi di un' offesa privata; e che l' ammette-

(1) Veggasi quello che abbiamo detto nel princ. del tit. XIV. lib. III. Inst.

re una dottrina contraria sarebbe lo stesso che rivestire il cittadino della qualifica di suddito e sovrano. Altri ritennero che siccome nei delitti privati la pena cede in vantaggio di chi ha sofferto l'offesa, sarebbe un pregiudicare a' diritti dal medesimo acquistati, ammettendone un altro alla persecuzione. Quest' opinione, la quale è del Gomez (2) viene approvata dal Claro (3). Essa è tuttavolta erronea e con solidi argomenti viene dall' Anton Matteo confutata.

II. A' tempi dell' antica repubblica e dopo la stessa decadenza dell' Impero, non era peranco noto il sistema d' inquisizione per opera del diritto Canonico introdotto solamente circa il secolo XII. Cambiato il sistema della procedura, fu necessario cambiare anche il sistema dell' accusa. Nel processo accusatorio, in cui la sovranità e il potere giudiziario risiede nel popolo, non v' ha un particolare magistrato, il quale ne faccia le veci, e in suo nome accusi il delinquente. Perchè i delitti non rimangano impuniti, fa quindi mestieri che l' accusa sia riserbata a' cittadini medesimi. Ma il cittadino, cui è fatta licenza di potere accusare, non può nè dee mischiarsi in quelle azioni criminose, le quali non offendono il corpo morale della repubblica. In questo stato di cose è necessario separare que' delitti, ne' quali la pubblica commozione prevale al danno privato, da quelli, in cui il danno privato prevale alla pubblica commozione. Imperciocchè la giustizia che non vuole impuniti i delitti, può facilmente credere che l' amore del pubblico bene, armi la politica virtù de' cittadini contro quelle azioni criminose che, per così dire, offendono la loro sovranità medesima. Ma quanto a que' delitti, i quali non offendono direttamente la politica dello Stato e contengono solamente il danno della parte, l' offesa in effetto è più privata che pubblica. In questo caso il solo risentimento della parte offesa basta a formare un accusatore. Nel sistema d' inquisizione però la cosa è diversa. In esso non v'ha mestieri di accusatori privati, essendo a tale uffici o preposto un magistrato, il quale, sotto il nome di Procuratore o Avvocato del Fisco, accusa in nome del Sovrano ogni delitto. A promuovere quest' accusa e seguitarla sino al fine, non è necessario distinguere i delitti in pubblici e privati, per armare la politica virtù de' cittadini contro i primi, e il risentimento della parte offesa contro i secondi. Tanto in quelli che in questi il magistrato procede di ufficio. E perciò, essendo da quasi tut-

(2) Nella L. unic. Cod. quand. civ. act. crim. praejud.

(3) §. 1, n. 5.

te le vigenti legislazioni al sistema accusatorio sostituito l' inquisitorio, la distinzione dei delitti in pubblici e privati negli odierni costumi non è più in uso (4).

§. Furtum, 1.

SOMMARIO

Osservazione sulla definizione del furto.

Si rileva abbastanza da questo titolo che le leggi romane non hanno ne' furti altra pena che la pecuniaria, la quale suole applicarsi a vantaggio della parte offesa. Siccome i Romani collocarono questi delitti nell' ordine de' privati, per necessaria conseguenza dovea parer loro sufficiente che indi ne nascesse un' azione meramente privata, la quale tendesse a far conseguire alla sola parte offesa una più che congrua soddisfazione. Nacque da ciò che vennero tra' furti numerate alcune azioni, le quali propriamente non presentavano gli estremi atti a costituirli. *Furtum*, dissero gli antichi, *est contrectatio fraudolosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus, possessionisve: quod lege naturali prohibitum est admittere* (5). Simile definizione ci fa conoscere che la concorrenza di qualche diritto nella persona dell' offensore sulla cosa involata non rendeva il furto meno proprio di quello, in cui sulla cosa involata l' offensore non avesse alcun diritto. Ma negli odierni costumi, come sopra osservammo, tutti i delitti sono pubblici. Essi non solo danno talvolta luogo ad un' azione pecuniaria, ma più di sovente ad un' azione afflittiva. A tale effetto è necessario che l' azione dell' offensore presenti tutti gli estremi atti a costituire il delitto. La mancanza di uno di essi o esclude il furto, o lo rende improprio (6).

(4) Clar. §. 1. n. 6. pract. crim. Ant. Matth. de crimin. lib. 48. Tit. 20. cap. 4. n. 1. Voet, comm. ad Pand. tit. de priv. delict. n. 3. Giuliani, Istit. di diritto crim. tom. 1. cap. 16. §. 2. Veggasi quello che abbiamo detto nel principio e §. 1. tit. XVIII. di quest. lib.

(5) L. 2. §. 2. ff. de furt.

(6) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 6. e nel §. 10. di questo titolo.

§. Furtorum, 3.

SOMMARIO.

Divisione del furto analoga a' principii dell' odierna scienza criminale.

Le leggi romane dividono il furto in manifesto e non manifesto. È manifesto, quando il ladro viene sorpreso con la cosa involata sul luogo del delitto, o dentro i confini del luogo stesso, o prima di giungere al luogo, ove abbia destinato di recarla. È non manifesto, quando il ladro non viene scoperto, se non dopo commesso il furto. Questa distinzione, tratta dallo spirito de' tempi per distinguere la maggiore o minore gravezza di quest' azione criminosa, propria dell' antica politica spartana, dalla quale i romani presero in gran parte le leggi (7), cadde in disuso, allorchè la maggiore o minore gravezza del furto si cominciò a distinguere dai mezzi posti in opera per effettuare il delitto, non dalla buona riuscita del medesimo. Basando su questi principii, abolita la presente distinzione, l' odierna legge criminale divide il furto in semplice e qualificato (8). È semplice, quando non è accompagnato da circostanze capaci di accrescere la spinta criminosa; è qualificato, quando non vi sono circostanze capaci di produrre simile effetto.

§. Conceptorum, 4.

SOMMARIO

Distinzione de' furti in concetto, oblato, proibito e non esibito, abolita.

Secondo l' antica legge romana il furto si divide in *concetto*, *oblato*, *proibito*, e *non esibito*. È concetto, quando il proprietario della cosa rubbata, mediante la cerimonia *per lancem et licium*, entra nella casa del ladro affine di ritrovarla (9). È oblato, quando la

(7) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 5. di questo titolo.

(8) Dammond. prax. crim. cap. 110. de furt. Giuliani, Istit. di diritto crim. vol. 4. part. 2. tract. 4. cap. 1. §. 3.

(9) Su questo rito può, chi il voglia, consultare il Revard. ad l. XII. Tab. cap. 11. 26. Rosin. Antiq. Roman. lib. 8. cap. 6.

cosa furtiva viene dal ladro consegnata a un terzo, acciocchè non sia ritrovata presso di lui. È proibito, quando il medesimo impedisce al proprietario di cercare presso lui la cosa rubata, presenti i testimonii. È non esibito, quando l'autore del furto ricusa di restituire la cosa presso lui legalmente cercata e ritrovata. È chiaro che tutte queste specie di furto risguardano più la differente maniera, con cui il padrone rivendica la cosa involatagli, che non il furto medesimo. Siccome esse erano già dall'uso decadute molto tempo prima di Giustiniano, così egli non volle farne alcuna menzione nelle Pandette, e come legislatore avrebbe fatto anche meglio di non farne pure menzione in questi libri di elementi. Oggigiorno sono totalmente superflui. Negli odierni costumi, sebbene vi siano gravi sospetti, non è permesso ad alcun privato di entrare in casa altrui per farvi perquisizioni. Quest'ufficio, previa l'autorità del competente magistrato, è riserbato alla forza pubblica (10).

§. Poena, 5.

SOMMARIO

Pena del quadruplo oggigiorno abolita.

Paolo, prima di Giustiniano, disse che il furto è un' azione proibita per legge naturale (11). E ciò per questo, che a dimostrarne la malvagità, non v'ha mestieri di alcuna autorità e raziocinio. Nel qual senso egregiamente Cicerone *illud*, disse, *natura non patitur, ut aliorum spoliis nostras facultates, copias, spes, opes augeamus* (12). Io non ignoro come sianvi stati alcuni filosofi, i quali si fissarono in capo la malinconica opinione che fra le leggi di natura non v' abbia l' esclusivo dominio delle cose, con la qual dottrina si verrebbe a dedurre una gran pessima conseguenza. Poco franca la spesa di confutare un assurdo di tal fatta. Ciò non di meno furonvi parecchi fra gli antichi popoli, i quali per una certa particolare politica della loro nazione, permisero i furti, o, se non altro, li lasciarono impuniti.

(10) Reg. di proced. criminal. 5. Nov. 1831, art. 209.
(11) Nella l. 2. §. ult. ff. de furt.
(12) Lib. 3. offic. cap. 5.

Prescindendo dagli Egizi (13), vaglia l' esempio de' Lacedemoni. Licurgo permise a' fanciulli di esercitarsi nel ladroneggio, disponendo però che fossero frustati, qualora si fossero lasciati sorprendere. Con tale istituzione il legislatore di Sparta ebbe in mira di dare a' suoi concittadini scaltrezza, astuzia e attività, per addestrarli alla guerra. In questa maniera surse fra' Greci una grave differenza tra il furto manifesto e il non manifesto. I Romani, i quali presero da' Greci gran parte della legislazione, conservarono la stessa differenza, sebbene non fosse fra loro la medesima costituzione. La legge decemvirale, in cui era ristretta la maggior parte della legislazione de' Greci, puniva il furto manifesto con la fustigazione; e se il ladro era pubere, veniva anche ridotto in servitù del rubato. Il ladro non manifesto era condannato a pagare il doppio del valore della cosa involata. Caduta in disuso la legge Decemvirale, i Pretori, serbata la stessa differenza, sostituirono al primo la pena del quadruplo, e lasciarono al secondo quella del duplo. La disposizione de' Pretori fu la norma d' applicare la pena ne' furti anche dopo la decadenza dell' Impero. I bandi generali e specialmente quelli del governo di Roma, solo, m' avviso, per non deviare dalla ragione comune, conservarono la stessa distinzione di pena. Aboliti in appresso i bandi, gli editti e altri simili grida (14), venne parimenti abrogata la suddetta distinzione, conservata solo la pena del duplo nel furto semplice di scudi venti (15). Siffatta abolizione si debb' anche ella attribuire alla differenza de' tempi. Imperciocchè coloro che si danno a tale mestiere, per lo più, sono poveri, viziosi e dissipatori, i quali gettano tosto ne' vizi a braccia quadre tutto quello che rubbano: e per conseguenza non solo spesso si trovano inabili al pagamento del quadruplo, ma eziandio a quello dello stesso simplo. Indi è che in pratica sovente avviene che la parte,

(13) In quella nazione i furti erano frequentissimi. Il legislatore studiò di trovare un mezzo, acciocchè i proprietari potessero al momento e senza grave danno ricuperare il loro. Comandò che chiunque avesse voluto esercitarsi nel ladroneggio, dovesse arruolarsi sotto un capo, il quale, in certo modo, venia considerato come il Principe de' ladri. Commesso il furto, il ladro dovea recarlo al capo: a questo correa l' obbligo di farne sul fatto la restituzione al proprietario; ma il proprietario, quasi in pena della sua negligenza, dovea riscattarlo, pagando la quarta parte del valore della cosa rubata. Diod. Sicul. lib. 1. Biblioth. cap. 18.

(14) Reg. sui delitt. e sull. pen. 20. Settembre, 1832. art. 367.

(15) D. reg. art. 336.

cui venne rubato, non solo non consegue duplo nè triplo, nè quadruplo, ma spesso paga alla stessa il duplo o il triplo, atteso le spese, cui va soggetta, per ricuperare il suo (16).

Vedemmo altrove che negli odierni costumi questa distinzione di furto manifesto e non manifesto non è più in uso. La moderna giurisprudenza criminale, desumendo le classi di tal delitto dal vero carattere della maggiore o minore gravezza politica, vi applica là pena secondo la maggiore o minore spinta criminosa, che indusse il delinquente a commetterlo (17). In niun caso oggigiorno s' ingiunge al reo la pena del quadruplo, serbandogli in alcuni solo quella del duplo (18), la quale però, cambiato il sistema dell' accusa, non compete all' offeso, ma al Fisco (19).

§. Furtum, 6.

SOMMARIO

Specie del furto di uso abolita.

Per le ragioni da noi allegate nel primo paragrafo di questo titolo, i Romani consideravano come vero delitto anche l' abusare di una cosa, sulla quale non fosse dominio, e questo chiamarono *furto di uso*. Se un creditore o un depositario avessero fatto uso di ciò che loro era stato depositato o dato in pegno; se un comodatario avesse della cosa fatto un uso diverso o più lungo di quello ch' era stato convenuto, erano tenuti come veri colpevoli di furto. Simili teorie vennero in conseguenza del principio che riteneva questo delitto come un' offesa privata, nel quale la pena consisteva in una multa a vantaggio dell' offeso. Ma negli odierni costumi tutte le azioni criminose danno luogo al magistero penale; e siccome le medesime si sogliono misurare dal vero carattere che offende la pubblica sicurezza, così questa specie di furto di uso sono antiquate, rimanendo ne' casi sopraddetti solo l' azione civile per la rifazione dei danni (20).

(16) Card. de Luc. Dott. volg. lib. 15. cap. 5.
(17) Veggasi il Regol. sui delitt. e sulle pen. del 20. Sett. 1832. lib. 2. tit. 25.
(18) D. Regol. art. 336.
(19) Veggasi quello che abbiamo detto nel princ. del tit. XVIII. di quest. lib.
(20) Zipa, not. jur. Belg. de furt. n. pen. Autumnus, confer. du droit, in l. qui jumenta, 40. ff. hoc. tit. Carmignani, Elem. jur. crim. §. 1041. in not. n. 5. Giuliani, Istit. crim. vol. 4. part. 2. trattat. 4. cap. 1. §. 7.

§. Placuit, 7.

SOMMARIO

Estensione all' abolizione del precedente paragrafo.

Non può aver luogo il furto, qualora non concorra l' animo di volerlo commettere. Questa massima, la quale fuori d' ogni dubbio procede anche nell' odierna giurisprudenza criminale, viene nel presente paragrafo dichiarata con l' esempio di un comodatario che fece uso della cosa prestatagli in modo diverso da quello che fu convenuto. S' egli sappia di far tale uso contro ogni presumibile permissione del comodante, è tenuto di furto; s' egli abbia probabile ragione di credere che il padrone l' avrebbe permesso, non è tenuto. Per le ragioni nel precedente paragrafo allegate in niuno di questi due casi ha luogo oggigiorno l' azione penale di furto.

§. Sed et si, 8.

SOMMARIO

Negli odierni costumi il conato non è mai punito come delitto consumato.

Dice Giustiniano che se un comodatario si avvisi di fare della cosa comodata un uso diverso da quello che fu convenuto, contro la volontà del proprietario; laddove invece la volontà del proprietario non sia realmente contraria, non ha luogo alcun furto. Dal qual principio, desunto da una legge di Pomponio (21), nacque fra gli antichi un dubbio nella presente fattispecie. Tizio istigò un servo di Mevio, acciocchè furasse alcune cose al suo padrone, e poscia a lui, Tizio, le recasse. Il padrone, fatto di ciò dal servo consapevole, permise al medesimo di prenderle e recarle a Tizio, affine di poterlo poscia sorprendere nello stesso delitto. Alcuni giureconsulti stimarono che in questo caso non potesse aver luogo contro Tizio l' azione di furto, perocchè il furto venne fatto di volontà del proprietario. Altri ritennero l' opposto, perchè la volontà del proprietario non fu seria e reale; ma simulata. Senza di che, tanto gli uni che gli altri quistionarono se,

(21) Nella l. 46. ff. hoc. tit.

oltre l'azione di furto, potesse aver luogo anche quella del servo corrotto. Giustiniano, per terminare la contesa, decise che sebbene in questo caso il furto non sia stato consumato, nulladimeno l'istigatore fosse tenuto con entrambe le azioni, allegando in ragione che l'impunità potrebbe dar campo di sedurre altri servi, i quali si lasciassero corrompere (22).

Prescindendo dall' azione del servo corrotto, la quale non è più in uso, questa decisione di Giustiniano oggigiorno non è ammissibile. L' odierna giurisprudenza criminale ha per base che il conato, quantunque prossimo e sospeso da circostanze indipendenti dalla volontà del delinquente, non basta a costituire il delitto consumato (23). Indi è che nella suddetta fattispecie Tizio non sarebbe tenuto di furto; ma semplicemente di conato (24).

§. Aliquando, 10.

SOMMARIO

Specie del furto di possesso abolita.

Se un debitore abbia sottratto al creditore ciò che gli dette in sicurezza del suo credito, secondo le leggi romane, è tenuto di furto, e questo chiamasi di possesso; ma il rigore di siffatta disposizione oggigiorno non è più in uso (25).

§. Hi qui parentum, 12.

SOMMARIO

Azione di furto vietata tra padre e figlio. Ragione di tale disposizione impertinente all' odierna scienza criminale.

Coerentemente a una risposta di Paolo (26), dice Giustiniano che sebbene i figli, soggetti alla potestà dell' avo e del padre, sot-

(22) Hic. et. l. 20. Cod. hoc tit.
(23) Reg. sui delitti e sulle pene, 20. Settembre, 1832. art. 9. e segg.
(24) Veggasi il De-Simoni, dei delitti di mero effetto, part. 2. cap. 5. §. 3.
(25) Vinnio, hic. in fin. Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 6. di questo titolo, e gli autori ivi citati.
(26) Nella l. 16. ff. hoc. tit.

traendo loro una cosa, commettano un vero furto; nulladimeno non ha luogo fra essi l' azione. E ciò per questo, che fra il padre e il figlio soggetto al suo potere, atteso l' unità della persona, non ha luogo azione in qualsivoglia caso. Ma se il delitto sia stato commesso per opèra e consiglio di un estraneo, non militando per lui l' uguale ragione, questi è tenuto del medesimo con l' azione di furto.

Non v' ha alcun dubbio che la disposizione di questo paragrafo sia tuttora vigente, essendo essa apertamente confermata dall' attuale regolamento sui delitti e sulle pene (27). Tuttavolta nè all' attuale regolamento, nè alla moderna scienza criminale è conveniente la ragione, sulla quale è basata. Imperciocchè ammesso che tra padre e figlio non possa aver luogo azione in qualsivoglia caso, ne viene di conseguenza che, potendo per diritto comune aver luogo ogni azione tra padre e figlio emancipato, può eziandio tra essi aver luogo l' azione di furto (28). Senza di che se la ragione da Giustiniano allegata è sufficiente per togliere l' azione di furto, la quale era anticamente privata, e competeva alla parte offesa, non sarebbe oggigiorno sufficiente per togliere l' azione criminale, la quale è pubblica e si esercita dal magistrato.

Conchiudiamo adunque che dall' odierna legge criminale vietasi l' azione di furto tra padre e figlio, non perchè tra loro non può aver luogo qualunque altra azione; ma perchè essendosi a un' azione privata surrogato un pubblico giudizio, i rapporti di famiglia, gli stretti vincoli del sangue e quasi la natura medesima reclamano tale indulgenza sopra un' azione commessa da chi è quasi padrone della cosa che invola (29).

§. Unde constat, 14.

Quanto alla disposizione contenuta nelle ultime parole di questo paragrafo riguardo al debitore che invola il pegno al suo creditore, veggasi quello che abbiamo detto nel decimo paragrafo del presente titolo.

(27) Art. 385.
(28) L. 3. Cod. de in jus. voc.
(29) Arg. l. 11. ff. de lib. et posth.

§. In summa, 18.

SOMMARIO

Dei furti dell' impubere. Leggi romane e moderne.

Fu ricercato se l' impubere, sottraendo una cosa altrui, commetta un furto. Siccome il furto consiste nell' animo deliberato di voler involare, così piacque che per questo delitto l' impubere non rimanesse obbligato, se non quando fosse prossimo alla pubertà, e perciò intendesse di delinquere (30).

Da questa legge di Giustiniano, la quale è tratta da' responsi degli antichi giureconsulti, nacque la massima che gl' impuberi fossero tenuti de' loro delitti, qualora la malizia avesse supplito l' età. Questa ricerca è commessa all' arbitrio del giudice. Laonde le leggi romane dopo il decimo anno tenevano l' impubere soggetto all' imputazione penale, allorchè il dolo avesse supplito al difetto degli anni. È però notabile che le suddette leggi non aveano all' età riguardo alcuno, e tenevano il pupillo delinquente soggetto alla pena ordinaria al pari de' maggiori. E sebbene in pratica il difetto degli anni abbia spesse volte meritato una diminuzione di pena, nulladimeno ciò avvenne più per opera degl' Interpreti, che per disposizione di diritto (31). Ma secondo i principii dell' odierna scienza criminale, il difetto degli anni è sempre una ragione per diminuire la pena. Le attuali leggi Pontificie ritengono il pupillo politicamente responsabile pe' delitti da lui commessi dopo il decimo anno; ma questi delitti non sono espiabili che con una pena correzionale dai due mesi ai tre anni (32).

§. Furti actio, 19.

SOMMARIO

Negli odierni costumi l' azione penale compete al fisco.

L' azione del furto tanto pel duplo, quanto pel quadruplo, riguarda soltanto l' espiazione della pena. Oltre la medesima, il pro-

(30) L. pupillum, 111. ff. de reg. jur. l. impuberem, 13. hoc. tit. l. 2. §. 19. vi bonor. rapt. l. 5. §. pen. ad l. Aquil.

(31) Clar. §. final. quest. 60.

(32) Regol. sui delitti e sulle pene. 20. Settembre 1832. art. 27. §. 1.

prietario ha puranco la ripetizione della sua cosa, la quale può ricuperare con l' azione reale e con la personale. La prima può essere intentata contro qualunque possessore, tanto s' egli sia il ladro medesimo, quanto se sia un estraneo: la seconda solamente contro il ladro o contro l' erede di lui, sebbene non possieda. Questi principii sono oggigiorno confermati dalle vigenti leggi di tutte le nazioni di Europa, salvo che l' azione penale compete al fisco, la civile all' offeso (33).

(33) Reg. di proced. crim. 5. Nov. 1831. art. 2. 4. 6. junct. art. 701.

TITOLO II.

DELL' AZIONE PER LA VIOLENZA DE' BENI RAPITI

§. Qui vires,

SOMMARIO

I. *Della rapina e della sua pena.*
II. *Osservazioni sull' editto del Pretore.*
III. *Costumi odierni.*
IV. *Se, prescritta l' azione penale, sia parimenti prescritta l' azione civile. Diritto romano e moderno.*

I. Siccome la rapina è anch' essa un furto, secondo le leggi romane il rapitore è anch' esso tenuto con la medesima azione di furto. I Pretori però, mediante loro editti, introdussero un' azione particolare, la quale chiamarono *della violenza de' rapitori de' beni*. Essa è meramente privata, penale, e civile; con la medesima la parte offesa può conseguire il quadruplo del valore della cosa rapita; ma siccome nel quadruplo è compreso anche il valore della cosa stessa, così in effetto la pena si riduce al triplo. Pel conseguimento di questa pena è necessario che l' azione sia promossa entro l' anno; dopo l' anno la condanna non può aver luogo che nel simplo.

II. La rapina è senza dubbio delitto maggiore del furto. Mentre il ladro pone in opera ogni mezzo per isfuggire lo sguardo del padrone e involargli la cosa di soppiatto senza alcuna violenza, il rapitore invece se gli presenta audacemente dinanzi, e, sprezzando apertamente i diritti di proprietà, si studia di vincere la di lui resistenza con la violenza fisica o morale. È adunque mirabile che i Pretori si muovessero a procedere più mitamente contro i rapitori, che contro i ladri. Imperciocchè l' azione di furto fosse nel duplo o nel quadruplo, e sempre in perpetuo; laddove l' azione contro i rapitori era nel quadruplo e solo entro l' anno; e di più l' azione penale di furto non toglieva poscia l' azione civile per ripetere la cosa rubata, laddove l' azione contro i rapitori de' beni, essendo mista, precludeva poscia la strada ad ogni azione civile. Io, per me, confesso di non saper trovare la ragione di questa rimarchevole differenza. Il Vinnio, solo, credo, per allegarne alcuna, e per difendere simile inconveniente, osserva che il rapitore era in peggior condizione del ladro per questo, che il primo

rimaneva sempre obbligato nel quadruplo, laddove l' obbligazione del secondo sovente si limitava al duplo. Ma questa ragione (oltre che non toglie l' inconveniente in caso di rapina e furto manifesto) con pace del chiarissimo Autore, è molto frivola; poichè, ammessa poscia nel furto l' azione civile, il duplo si riduce al triplo; e d' altronde la perdita del simplo viene bastantemente compensata con la maggior durata dell' azione.

III. Le antiche leggi romane ritenevano il furto e la rapina come delitti privati, e in essi consideravano più presto il danno recato all' individuo, anzi che l' offesa sicurezza pubblica. Quindi è che con un sufficiente compenso alla parte danneggiata giudicavano bastantemente espiata la pena. Oggigiorno però si vive con principii diversi. In ogni azione criminosa si considera ugualmente il danno recato alla parte e l' offesa sicurezza pubblica. Il primo dà luogo ad un' azione civile, la quale appartiene a' danneggiati e loro eredi e si esercita solidalmente contro gli autori, esecutori e complici del delitto; contro le persone che la legge rende pel medesimo responsabili; e contro gli eredi e successori tanto degli uni che degli altri (34). La seconda dà luogo ad un' azione penale, la quale per dovere di officio appartiene ai funzionari a tale effetto destinati dall' autorità sovrana (35). Siccome adunque le odierne leggi hanno prescritto la pena ne' casi particolari di rapina, e in essi non trovasi menzione alcuna di quella del quadruplo, questa si debbe oggigiorno ritenere abolita (36).

IV. Prima di trarre a capo il presente paragrafo è d' uopo osservare che sebbene i Pretori avessero stabilito che dopo l' anno fosse prescritta l' azione pel quadruplo, nulladimeno, come sopra accennammo, non chiusero per questo l' adito all' azione pel simplo. E ciò con somma ragionevolezza, mentre tali azioni sono d' indole e di natura diversa. La prima domanda la pena, la seconda il risarcimento dei danni. Se la parte offesa, per una sua indulgenza o negligenza abbia lasciato decorrere un tempo più breve nell' esercitare un' azione, la quale non è per essa che di mero lucro, non v' ha ragione di escluderla per questo da un' azione, con cui può ripetere ciò che realmente le manca, e di recedere per un delitto da que' principii di legge civile che dichiarano tutte perpetue le azioni persecutorie della cosa. Sono quindi di avviso che, siccome i Romani non trovarono incompatibile che,

(34) Reg. di proced. crim. del 5. Novembre, 1831 art. 4.

(35) D. reg. art. 2.

(36) Reg. sui delitti e sulle pene, del 20. Settembre, 1832, art. 367.

prescritta l' azione penale, dovesse tuttavia competere l' azione civile, laddove per le suddette leggi tanto l' una che l' altra azione competeva solo ad una persona, molto meno si dovesse ritenere incompatibile negli odierni costumi, in cui, separato il sistema penale dal civile, esse competono a due persone del tutto differenti. La prescrizione dell' azione penale è basata su principii di gran lunga diversi da' quelli, sui quali è basata la prescrizione dell' azione civile. La prima deriva dal diritto politico, la seconda dal diritto privato: quella estingue una responsabilità, la quale obbliga il cittadino a non opporsi all' irrogazione della pena; questa estingue un' obbligazione che moralmente lo vincola a risarcire il danno, indipendentemente da qualunque atto o sentenza del giudice. Il fine della pena, osserva il Cremani, è quello del pubblico esempio; ma il pubbico esempio è necessario, allorchè nella memoria de' cittadini esiste la rimembranza del delitto. Tolta questa rimembranza, cessa l' indignazione, subbentra la compassione e la pena non ha più il suo fine. Queste ragioni, unite a molte altre, fecero prevalere la prescrizione anche ne' delitti, ma solo per evitare la pena; non già per fare evitare la soddisfazione di un obbligo basato nell' uguaglianza de' diritti umani; poichè il decorso di un tempo, per avventura brevissimo, non è capace a togliere dalla memoria dell' offeso la rimembranza de' danni, forsi perpetui, che il delitto gli ha cagionati. Una dottrina contraria potrebbe talvolta produrre di pessime conseguenze. L' azione civile non si prescrive che con lo spazio di tempo lunghissimo, e l' attore per tanto tempo si tiene obbligato il reo alla rifazione de' danni nelle obbligazioni derivanti da contratto. Se l' obbligazione in vece deriva da delitto; la prescrizione per ordinario è più breve, e l' attore non tiene obbligato il delinquente alla rifazione dei danni, che entro lo spazio di dieci, talvolta di cinque, e perfino di tre anni. In questa maniera il delitto può spesso tornare in utile di chi l' ha commesso (37).

Le odierne legislazioni desumendo i principii di questa materia dalle attuali circostanze de' luoghi rispettivi, hanno adottato, o abrogato quelli del diritto romano. Presso noi l' azione civile si estingue con la prescrizione stabilita all' azione penale (38). In Toscana il tempo stabilito per la prescrizione dell' azione criminale, non esclude che il giudice possa tuttavia pronunciare sul delitto medesimo, per condannare il reo al risarcimento de' danni (39).

(37) Veggasi il Cremani, lib. 1. part. 3. cap. 4. §. 10.
(38) Reg. di proced: 5. Nov. 1831. art. 12.
(39) Cod. Leopold. §. 115.

§. Ita tamen, 1.

SOMMARIO

La pena contenuta in questo paragrafo non è più in uso.

Stabilivano le leggi romane che se un tale, tratto in errore, giudicando che la cosa gli appartenesse, l' avesse di propria autorità tolta di mano al possessore, non fosse tenuto con l' azione de' rapitori de' beni. Ma siccome è di pessimo esempio che ciascuno si faccia ragione di per sè stesso, stanziarono che, qualora la cosa realmente gli appartenesse, dovesse perdere sulla medesima ogni dominio: in caso diverso, oltre la restituzione, fosse condannato a pagare la stima. Questa costituzione di Giustiniano, secondo l' espressione e la testimonianza del Covarruvias, venne abolita dall' uso contrario di tutto l' orbe cristiano (40).

Le odierne nostre leggi penali non comprendono il caso in quistione. Argomentando però dalle medesime si può a buon conto affermare ch' esso vi si trovi abolito. Imperciocchè, ammesso che non incorra in tal pena quel creditore che per assicurarsi del pagamento occupa di propria autorità le cose appartenenti al suo debitore (41), molto meno vi debba incorrere chi di sua autorità toglie ad altri una cosa propria, o credendola propria. Nel primo caso la spinta criminosa è maggiore, mentre l' atto deriva da un animo, il quale mostra apertamente di voler usurpare l' altrui; nel secondo è di gran lunga minore, derivando da un animo che non intende usurpare l' altrui, ma che vuole o stima ricuperare quello che gli appartiene.

(40) Covarruv. var. resol. lib. 3. res. 16. n. 7. Duran. in tit. de restit. spol. §. 1. Guttier, pract. quaest. lib. 1. quaest. 77. Sarmient. 2. select. interpr. 13. n. 7.

(41) Reg. sui delitti e sulle pene, 20. Settembre, 1832. art. 116.

TITOLO III.

DELLA LEGGE AQUILIA.

SOMMARIO

I. *Le leggi romane nell' azione della legge Aquilia ascrivono a vero delitto anche la colpa.*

II. *Negli odierni costumi la colpa non forma il vero delitto.*

I. Il danno recato con ingiuria viene da Giustiniano collocato nel terz' ordine dei delitti. Il vocabolo danno, secondo le romane leggi, significa qualunque diminuzione o detrazione fatta alla cosa altrui, e perciò comprende in sè stesso anche l' omicidio, le ferite, gl' incendi, il furto e simili altre azioni criminose. Dietro questa generica definizione, qualunque danno, tanto recato per dolo quanto recato per colpa, si dee risarcire mediante l' azione della legge Aquilia. È quindi notabile che la suddetta azione, collocata nell' ordine de' veri delitti, punisce egualmente il dolo e la colpa, laddove è pertanto certo che solo il dolo deriva il delitto, la colpa il quasi delitto. Parecchi giureconsulti, per uniformarsi all' ordine delle leggi romane, pongono la legge Aquilia tanto fra quelli che fra questi.

II. È senza dubbio vero che ciò derivasse dall' avere i romani collocato il danno recato con ingiuria fra delitti privati. Siccome in essi, per lo più, trattavasi di una pena pecuniaria, la quale si applicava a vantaggio della parte offesa, poco o nulla riguardavasi se il danno provenisse dalla colpa o dal dolo, qualora venisse risarcito. Oggigiorno però che solamente il dolo costituisce il danno politico, e solo il danno politico il delitto, il danno recato per mera colpa non è soggetto che alla sola azione civile per la riparazione del medesimo (42). È adunque chiaro che nell' odierna giurisprudenza il delitto di danno dato, considerato come l' effetto di un' azione criminosa, riceve un senso più ristretto, di quello che v' applicavano i giureconsulti romani, essendo dal medesimo totalmente esclusa la colpa. Questa riforma rende oggigiorno pressochè inutile tutte le disposizioni del presente titolo (43).

(42) Se la colpa sia lata, e questa dia luogo alla presunzione del dolo, in tal caso subbentra il magistero penale, ma la pena, come osserva il Giuliani, non può eccedere la classe delle correzionali.

(43) Thomas. Diss. de larv. leg. Aquil. Cremani, lib. 2. cap. 7. art. 6. §. 8. Carmignani, Elem. jur. crim. lib. 2. §. 1094. in fin. È parimenti da osservare che tutti gli odierni scrittori di cose criminali sotto il titolo di danno dato con ingiuria sogliono comprendere l' azione della legge Aquilia, quella del pauperamento, l' azione nossale, ed altre simili. Carmignani, d. luogo, §. 1089. in not. n. 6.

§. Damni injuriae ,

SOMMARIO

La pena contenuta in questo paragrafo oggigiorno non è più in uso.

Allorchè sia stato ucciso con ingiuria il bestiame o il servo altrui, i romani, mediante il primo capo della legge Aquilia, condannavano il reo a pagar il valor massimo che la cosa uccisa avesse avuto in quell' anno (44). Ne' costumi di tutte le moderne nazioni il danno oggigiorno stimasi secondo la semplicità del diritto delle genti, e non secondo la norma del primo capo di questa legge (45).

§. Ac ne is, 3.

SOMMARIO

Negli odierni costumi la colpa non costituisce il delitto. Rimando.

Si dichiara in questo paragrafo come in forza della legge Aquilia ciascuno sia tenuto del danno da lui recato tanto per dolo, quanto per colpa; e ne' paragrafi seguenti vengono allegati gli esempi dell' uno e dell' altra. Negli odierni costumi queste teorie si debbono limitare secondo i principii da noi esposti nel principio del presente titolo.

§. Imperitia, 7.

SOMMARIO

Osservazioni sul presente paragrafo.

Vogliono le leggi romane che i medici siano puniti della loro negligenza e della loro imperizia. Queste leggi però furono fatte in circostanze molto differenti dalle nostre. A' tempi de' romani la facoltà di fare il medico era concessa a chiunque, senza bisogno di un

(44) L. 2. princ. ff. ad. l. Aquil.
(45) Thomas. diss. de larv. leg. Aquil. Carmignani, Elem. jur. crim. lib. 2. §. 1094. in fin.

certo studio, o di approvazione alcuna. Oggigiorno, all' opposto, niuno può fare il medico, qualora non abbia fatto un corso analogo di studi, nè sia stato insignito de' gradi accademici. Laonde negli odierni costumi il medico si presume abbastanza perito, e perciò di rado la sua imperizia viene dedotta in giudizio. Lepidamente il Plinio lasciò scritto che solo a' medici è lecito di uccidere gli uomini impunemente.

§. His autem, 9.

SOMMARIO

L' azione di danno dato oggigiorno compete anche contro gli eredi.

Il primo capo della legge Aquilia mirava a condannare il delinquente nel massimo valore che la cosa avesse avuto nel corso di quell' anno: l' azione era adunque penale, e perciò, sebbene fosse concessa agli eredi, non era ugualmente concessa contro gli eredi. Ma siccome negli odierni costumi la parte offesa non può fare istanza per la pena, se non in quanto dalla medesima dipenda il suo interesse civile (46), e d' altronde con l' azione della legge Aquilia oggi non si ripete, se non quanto pel danno dato abbia in realtà diminuito il nostro patrimonio, così non v' ha alcun dubbio che l' azione di questa legge competa oggigiorno agli eredi e contro gli eredi (47).

§. Capite tertio, 13.

SOMMARIO

Terzo capo della legge Aquilia abolito.

Il terzo capo della legge Aquilia dispone, che se alcuno abbia altrui recato danno in altre cose, salvo l' uccisione del servo o del bestiame, ovverò se abbia abbruciato, rotto o guasto alcun che, sia condannato a pagare al padrone tanto di danaro, quanto era il valore della cosa danneggiata entro i trenta giorni precedenti. Non è più in uso (48).

(46) Reg. di proced. crim. 5. Nov. 1831. art. 5.

(47) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 1. n. 2. tit. II. di questo libro.

(48) Ant. Matth. de crim. ad l. 47. tit. 3. cap. 3. n. 4. Carmignani, Elem. jur. crim. lib. 2. §. 1094. in fin. Veggasi quello che abbiamo detto nel paragrafo principale di questo titolo.

§. Illud palam, 14.

SOMMARIO

Rimando al §. 3. di questo titolo.

Al pari del primo capo, il secondo capo della legge Aquilia ritiene come vero delitto anche il danno recato per colpa, e perciò anche in questo caso ha luogo la condanna in quanto di valore avea la cosa danneggiata ne' trenta giorni precedenti. Veggasi quello che abbiamo detto nel terzo paragrafo di questo titolo.

§. Ac ne plurimi, 15.

SOMMARIO

Inutilità di questo paragrafo.

Il primo capo della legge Aquilia condannava il delinquente a pagare il valor massimo che la cosa danneggiata avesse avuto in quell' anno: il terzo a pagare il valore che la cosa danneggiata avesse avuto ne' trenta giorni precedenti. Siccome nel terzo capo non era espresso il valor *massimo*, così piacque agli antichi che ciò si dovesse sottintendere. Tutto questo oggigiorno è superfluo (49).

§ Ceterum, ult.

SOMMARIO

I. *Dell' azione diretta, utile ed in factum.*
II. *Se questa distinzione di azioni sia oggigiorno necessaria.*

I. Sottilissimamente le leggi romane distinguono i modi, con cui venne recato il danno, per indi applicare la pena. Se il danno venga recato di corpo al corpo, ha luogo l' azione della legge Aquilia diretta, ossia quella che discende dalle parole espresse della legge: se fu recato al corpo, ma non col corpo, ha luogo l' azione utile, os-

(49) Grozio, Introd. l. 3. part. 32. n. 23. et seq. Gottofred. in l. contra, 4. Cod. hoc. tit. Veggasi quello che abbiamo detto nel §. principale di questo tit.

sia quella che *deficiente stricta juris ratione*, vien data sull' esempio dell' azione diretta, allorchè v' ha ugual ragione di decidere: se non fu recato al corpo, nè col corpo, ha luogo l' azione *in factum*, ossia quella, che, mancando qualunque altra azione, viene sempre accordata in sussidio.

II. Quando le leggi erano poche, concise e brevissime non potevano per certo comprendere tutti que' casi speciali che potevano occorrere nella vita civile. Fu dunque necessaria l' interpretazione, per applicare ad un caso quello ch' era stato stabilito in un altro. Gli antichi prudenti, traendo argomento dalla mente del legislatore, consultati sul diritto, per interpretazione estensiva stimarono che alcune azioni, le quali erano espressamente accomodate ad una fattispecie, si potessero per identità di ragione estendere a un' altra; e siccome le medesime non discendevano direttamente dalla legge, ma dalla loro interpretazione, furono chiamate utili. Del resto, dacchè tutte queste interpretazioni e risposte degli antichi prudenti, unitamente agli editti de' Pretori, furono da Giustiniano compilate in uno, ed ebbero dal medesimo forza di legge; dopo che l' uso de' popoli abbracciando la suddetta compilazione, le dette uguale autorità, si può a buon conto sostenere che, prescindendo dalla mera cognizione de' termini, tutte le suddette azioni sieno oggigiorno dirette, non utili; mentr' esse derivano dal diritto comune e non più dall' interpretazione. Certo è che siccome nella forza e nell' effetto punto fra esse non differiscono (50); la loro scrupolosa distinzione nell' uso del foro è totalmente proscritta (51).

(50) L. propen. ff. de neg. gest. Vinnio, hic. n. 3. in fin.

(51) Brunnem. in l. 6 ad l. Aquil. Tosoni, Elem. jur. civ. hic. in fin. Veggasi quello che abbiamo detto nel principio del titolo VI. di questo libro,

TITOLO IV.

DELLE INGIURIE

§. Generaliter.

SOMMARIO

Distinzione dell' ingiuria.

Secondo il tenore di questo paragrafo appare chiaramente che il vocabolo ingiuria si può prendere in due significati: il primo è generico e significa qualunque azione fatta ingiustamente; il secondo è speciale e significa propriamente la contumelia. In quello sono compresi tutti i delitti che umanamente si possono immaginare; nel secondo solo quell' ingiuria che si dirige altrui con atti, con parole o con iscritto. Nel secondo significato l' ingiuria si divide in reale, verbale e scritta. Questa distinzione è confermata dall' attuale regolamento sui delitti e sulle pene (52).

§. Servis autem, 3.

§. Si communi, 4.

§. Quod si usufructus, 5.

SOMMARIO

Inutilità dei sopraddetti paragrafi.

L' ingiuria ci può esser fatta direttamente, ovvero indirettamente per mezzo di quelli che abbiamo sotto il nostro potere. E però se venga ingiuriato un servo, e la contumelia sia atroce, fatta apertamente in onta del proprietario, questi può contro l' offensore promuovere l' azione d' ingiuria (53). Se il servo appartenga a più padroni, l'ingiuria si considera in ragione della loro rispettiva dignità, non in ragione della parte che ha ciascuno nella proprietà del medesimo (54). Se l' u-

(52) Art. 328. e seqq.
(53) §. 3.
(54) §. 4.

sufrutto del servo appartenga ad un terzo, in caso di dubbio l'ingiuria si reputa fatta al proprietario (55). Non veggo oggigiorno a che cosa possa applicarsi la disposizione di questi paragrafi: non a' figli di famiglia, poichè dell' ingiuria fatta a' medesimi si tratta nel paragrafo precedente: non al caso di un uomo libero, il quale ci serva, poichè di questa sorta d' ingiuria trattasi nel paragrafo seguente.

§. Poena, 7.

§. Sed et lex, 8.

SOMMARIO

I. *Della pena dell' ingiuria secondo il diritto romano.*
II. *Della pena dell' ingiuria secondo gli odierni costumi.*

I. La legge delle XII. Tavole puniva l' ingiuria con la pena del talione, qualora fossevi stata qualche lesione normale del corpo; in caso diverso la pena consisteva in una multa. Caduta in disuso la suddetta legge, i Pretori introdussero un' azione onoraria, per la quale l' ingiuriato poteva stimare l' emenda che a sè credeva competere, salva al Pretore la licenza di moderarne il valore secondo la dignità e la condizione della persona offesa. Venne in appresso la legge Cornelia *de sicariis*. Questa però non avea luogo se non in tre casi speciali; quando l' ingiuria fosse stata accompagnata dalle battiture o dalle percosse, e quando fosse stato forzato l' ingresso della propria casa (56). È probabile che Silla si muovesse a punire questa maniera d' ingiuria più gravemente delle altre, per la soverchia petulanza e licenza che le guerre civili cagionato avevano (57). Non convengono fra loro gl' Interpreti nel definire qual pena fosse da questa legge comminata. Alcuni sono di avviso ch' ella fosse la condanna a' metalli o all' opera pubblica; altri, il pagamento di una multa a favore dell' ingiuriato. Stimo che simile dissonanza di opinioni si possa conciliare, facendo differenza di tempi. Imperciocchè io porti parere che nel principio la legge Cornelia ne' suddetti casi prescrivesse il giudizio crimi-

(55) §. 5.
(56) D. §. 8.
(57) Heinecc. Antiq. Roman. hic. n. 8.

nale (58); sebbene in appresso, cessate le circostanze che le dettero luogo, venisse ammesso che con essa si potesse agire anche in via civile (59).

II. Laonde, quanto all' ingiuria, due azioni derivano dalla legge Cornelia: la criminale per la pena; e la civile per l' emenda in una somma pecuniaria a vantaggio dell' offeso. Del resto, secondo i costumi di quasi tutti i popoli, s' introdusse nel foro la massima che l' ingiuriato, salvo l' azione per una congrua emenda proporzionata all' entità dell' ingiuria, non avesse altra azione nè pubblica, nè privata, eccettuato quella che deriva dal diritto delle genti per l' indennità, qualora l' ingiuria abbia recato danno al suo patrimonio (60). L' azione criminale si esercita solo dal fisco, il quale, distinte le specie d' ingiuria, applica all' autore della medesima quel genere di pena che ne' casi particolari è prescritto dalle leggi di ciascun luogo. Presso noi le ingiurie reali sono punite con la pena di quindici giorni a sei mesi di detenzione: le ingiurie verbali sono soggette alla stessa pena, ovvero alla ritrattazione in iscritto o a voce: le contumelie mandate in iscritto direttamente alla persona che si vuole offendere, sono punite con le medesime pene. Se l' ingiuria vien fatta a persona costituita in dignità, diventa atroce, ed in tal caso la pena è la detenzione di un anno ai tre. Le ingiurie infamanti, tanto scritte che stampate, quanto in figure o emblemi, e pubblicate come libello famoso, sono punite con l' opera pubblica dai tre anni ai cinque; e se la persona infamata è costituita in dignità, la pena è la galera dagli anni cinque ai dieci (61).

§. In summa, 10.

SOMMARIO

Negli odierni costumi l' offeso può in via criminale farsi rappresentare mediante procuratore.

Sebbene l' azione d' ingiuria derivante dalla legge Cornelia fosse criminale, non era però pubblica, e quindi non competeva che all' in-

(58) Vinnio, hic.

(59) Arg. l. constitutionibus, 37. §. 1. ff. hoc. tit.

(60) Clar. §. final. quaest. 58. n. 28. Menoch. lib. 3. praesumpt. 114. Gomez, var. resol. tom. 3. cap. 6. n. 9. Rittershuis. de diff. jur. civ. et can. lib. 6. cap. 4. Ant. Matth. de crim. lib. 47. tit. 4. e 3. n. 7. Voet, comm. ad Pand. lib. 47. hoc. tit. n. 18.

(61) Veggasi il Reg. sui delitti e sulle pene del 20. Sett. 1832. art. 328. e segg.

giuriato (62). Era dunque in sua facoltà di agire criminalmente e civilmente, con questa differenza però che nel primo caso non poteva farsi rappresentare da un procuratore, salvo se fosse persona illustre: nel secondo poteva agire mediante procuratore, come di per sè stesso (63). Negli odierni costumi l' azione criminale compete alla giustizia pubblica, e questa ha i suoi particolari rappresentanti e ministri (64), e qualora l' offeso voglia egli stesso intervenire al giudizio come parte aderente al fisco, può, se il voglia, farsi anche rappresentare e difendere da un procuratore approvato (65).

(62) Vinnio, hic.

(63) L. non solum, 11. §. 2. ff. hoc. tit.

(64) Tuttavolta gli scrittori di diritto criminale egregiamente osservano che ne' delitti d' ingiuria la legge non debba ammettere l' inquisizione se non dietro istanza della parte. E ciò per non precludere la strada alla conciliazione, e non accendere una discordia, la quale può rimaner sepolta sul nascere. L' odierna nostra legislazione non stabilisce alcun che su questo rapporto. È bensì vero che nel regolamento organico di procedura criminale 5. Novembre 1831. è chiaramente disposto che in que' delitti ne' quali la legge richiede l' istanza della parte per agire in giudizio criminale, la pubblica autorità non può procedere senza la medesima; *art.* 6. Questo principio viene proclamato in altri parecchi articoli; 133. 143. 393. Nulladimeno nel suddetto regolamento organico, come pure nell' altro sui delitti e sulle pene del 20. Settembre, 1832. dal delitto di truffa in fuori; *art.* 359. non trovasi altro delitto; in cui la legge per procedere richieda l' istanza della parte. Vorremo adunque conchiudere che la legge abbia ricercata l' Istanza della parte solo nel delitto di truffa, ponendo in non cale altri di maggior considerazione, l' occultazione de' quali vivamente interessa il riposo, la pace e l' onore delle famiglie? No, al fermo. Se la legge avesse voluto limitare l' inquisizione per istanza di parte solo nel delitto di truffa, avrebbe detto *in quel delitto, nel quale*, non *in que' delitti, ne' quali*. Queste parole, d' altronde ripetute in altri parecchi articoli, ci fanno chiaramente conoscere che non una, ma più, sono le specie di delitti, ne' quali il voto della legge richiede l' inquisizione solo dietro querela della parte offesa. Io, per me, non dubito punto che siano quelli, di cui già fece menzione la costituzione Egidiana, la quale vieta potersi procedere di officio contro i rei d' incesto, di adulterio, di stupro e di fornicazione; e ciò sulla plausibile ragione di non offendere il rispetto dovuto alla pace delle famiglie. In fatti, così spesso veggiamo regolarsi la pratica. Certo è pertanto che nelle istruzioni criminali particolarmente trasmesse alle Curie v' ha per massima di non procedere ne' su' mentovati delitti alla cattura del reo, se prima non siasi *incartata* la querela formale della parte offesa. L' uso del foro, per le ragioni allegate nel principio di questa nota, soleva richiedere l' istanza della parte, anche per procedere contro i rei di stellionato, e d' ingiuria lieve.

(65) Reg. di proced. crim. 5. Novembre 1831. art. 164.

TITOLO V.

DELLE OBBLIGAZIONI CHE NASCONO DAL QUASI DELITTO.

§. Si judex.

SOMMARIO

Osservazioni sul presente paragrafo.

Secondo una risposta di Gaio (66), dalla quale è desunto il presente paragrafo, un giudice che abbia giudicato per imperizia fa sua la lite, ossia da giudice diventa reo. Ecco pure una legge, la quale fu fatta in circostanze molto diverse dalle nostre. A' tempi de' Romani le leggi erano pochissime, concise, a tutti note, solendo essi fino dall' infanzia impararle a memoria (67). E il Perizonio osserva che da Romani non si lasciò quest' uso, neppure allorchè mediante la legge Cornelia i principii di diritto si doveano rilevare dagli editti perpetui; e sebbene dietro le rimarchevoli differenze fra le leggi e i plebisciti, fra i senatoconsulti e gli editti del pretore, fra le costituzioni de' principi e le risposte de' prudenti, la romana giurisprudenza poco per volta si riducesse a una specie di confusione (68), nulladimeno essa non era in conto alcuno da paragonarsi alla nostra (69). In pratica veggiamo come l' officio di giudice venga sovente ambito anche dagl' imperitissimi, e questo prova di certo ch' essi ritengono come abolita la sanzione di questa legge. E in fatti, negli odierni costumi le sentenze per imperizia mal profferite si sogliono riformare da' giudici superiori.

§. Item, is, 1.

SOMMARIO

Osservazione su questo paragrafo.

Se dall' abitazione di alcuno sia stato gettato un oggetto, il quale abbia offeso chi passava per la via; ovvero se nell' alto sia stato sospeso

(66) Nella l. 5. §. si judex, ff. de obl. et act.
(67) Cicer. de legib. 2. 4. 21.
(68) Livio, 3. 344. Einecc. Antiq. Rom. in praefat. §. 10.
(69) Veggasi quello che abbiamo detto nel princ. del tit. XVII. di questo lib.

alcun che, il quale, cadendo, abbia recato danno, il proprietario rimane obbligato in forza di quasi delitto. Nel primo caso la legge romana concede all' offeso l' azione pel duplo del danno; nel secondo la pena di dieci monete d' oro. Se per avventura sia stato ucciso un uomo libero, la pena è di cinquanta monete: s' egli sopravvive, ma sia rimasto imperfetto, la pena è rimessa all' arbitrio del giudice, il quale dee mettere a conto le spese de' medici, quelle delle medicine, il valore dell' opere perdute dal danneggiato e di quelle che non può fare per l' avvenire.

La maggior parte delle specie di quasi delitto contenute nel presente paragrafo, formano oggigiorno una specie di azioni illecite, conosciute sotto il nome di trasgressioni di polizia, la pena delle quali dipende dai particolari regolamenti di ciascun luogo. Certo è però che la pena di chi abbia recato danno, gittando immondizia, od altro per la via, oggigiorno non consiste nel duplo; ma solo nel valore del danno reale, oltre una multa in favore del Fisco (70). E se pel gettito, o altro sia intervenuta l' uccisione d' un cittadino, la pena non consiste in cinquanta monete d' oro; ma la vedova e i figli, sebbene non siano eredi, hanno l' azione pel risarcimento de' danni (71), senza pregiudizio dell' azione criminale, per la quale la pubblica autorità infligge la pena secondo i gradi della colpa lata, lieve o lievissima che abbia dato luogo all' uccisione (72).

§. Item exercitor, 3.

Siccome negli odierni costumi l' azione penale è separata dalla civile, così la prima non compete contro gli eredi; la seconda indistintamente contro l' autore e contro gli eredi (73).

(70) Richer, univ. civ. et crim jur. lib. 4. §. 2809.
(71) Regol. di proced. crim. del 5. Novembre 1831. art. 3. 4. 5.
(72) Regol. sui delitti e sulle pene del 20. Settembre 1832. art. 290. e segg.
(73) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. principal. n. 3. tit. 2. e nel tit. XII. di questo libro.

TITOLO VI.

DELLE AZIONI

SOMMARIO

I. *Prima origine delle leggi.*
II. *Origine dell' autorità pubblica.*
III. *Origine delle azioni e della procedura*
IV. *Del processo giudiziario de' Romani. Rimando.*
V. *Smarrimento e invenzione delle Pandette. Leggi de' Longobardi e Canoniche.*
VI. *Inconvenienti della vecchia procedura.*
VII. *Nuovo Codice di Pio VII. Leone XII. e Gregorio XVI.*

I. È senza dubbio un sogno quello di coloro, i quali, fidatisi ciecamente nell' energica fantasia de' poeti, si dettero in sul credere esservi stati, ne' primi tempi dell' età mondana, uomini che menassero una vita solitaria e rustica al pari de' selvaggi. L' uomo è nato pel suo simile, e l' autore della natura gli avrebbe dato inutilmente l' immagine della divinità e il dominio sulla terra, sull' acque, e generalmente su tutte le belve, se l' avesse creato per vivere a modo di fiera (74). È parimenti erronea l' opinione che gli uomini, uscendo del loro stato selvaggio, poco per volta formassero tra essi una certa qual specie di società e repubblica con ogni comunione di vita e di beni. Le società furonvi come prima fu creato il mondo; e, discorrendo le storie, non trovasi quella decantata e favolosa età dell' oro, in cui non era distinzione di mio e di tuo, non discordie, non liti, non leggi, non magistrati, non ministri di giustizia. Col primo uomo del mondo nacque il delitto, col delitto la legge e la pena; venne quindi la fatica e il dolore; poco appresso l' emulazione e l' invidia; poscia la fondazione delle città, la distinzione de' dominii, i magistrati, i principi e le leggi (75).

II. Ma siccome le prime umane società non erano che meramente naturali, così non altro che naturali erano le leggi che allora dominavano. Formate le società politiche, ebbero tosto origine le leggi

(74) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 17. n. 1. e segg. tit. I. lib. II. Istit.
(75) Veggasi il principio n. 1, del tit. I. lib. III. Istit.

politiche, e con le leggi l' autorità pubblica. La stessa ragione naturale insegnò che senza una pubblica autorità non poteva esistere comunione alcuna. Ora, è indubitato che buona parte della medesima consiste ne' giudizi tanto criminali che civili; poichè, se fosse permesso a ciascun cittadino di farsi ragione di per sè stesso, sarebbe sempre aperto l' adito alle discordie, alle liti, alle risse, alle guerre, e in questa maniera le società si verrebbero a distruggere. A tutti è noto che i dominii e le obbligazioni, le quali sono la causa prossima delle azioni, derivano dal diritto delle genti: dunque, per necessaria conseguenza, dallo stesso diritto derivano anche le azioni e i giudizi, ossia que' mezzi e rimedi, co' quali si può dagli altri ottenere quello che è nostro o quello che ci è stato promesso. Poco rileva che Pomponio (76) dica essere stata la legge delle XII. Tavole quella che introdusse le azioni. Imperciocchè da questa sentenza non segue che prima de' Romani, per conseguire i propri diritti, non fosse mestieri di qualche domanda o petizione. Pomponio non parla che della forma delle azioni accidentale, propria del diritto civile romano.

III. Più volte osservammo come l' ambiziosa politica de' Decemviri intendeva a rovinare il governo del popolo, per fondare l' aristocrazia. Era mestieri al loro divisamento di accrescere le prerogative de' patrizi, e studiare il mezzo per tenere soggetta la plebe. La fortuna ne presentava il destro, essendo loro affidata la composizione delle leggi. Queste erano poche, brevi, scritte in una lingua in allora comune; i principii in esse contenuti non potevano a meno di essere alla portata di chiunque; si cercò di renderne difficile la pratica, acciocchè l' esecuzione delle medesime venisse totalmente rimessa nelle mani de' nobili. Fu stabilito, oltre tante altre formalità, che ciascun affare si dovesse necessariamente dirigere con l' azione che gli era propria. Ciò però non bastava; si volle di più che le azioni fossero solenni, acciocchè il popolo non potesse proporle senza consiglio (77). Indi tutte le azioni ebbero un nome particolare, e furono avviluppate in certe formole, proprie, oscure, misteriose, inintelligibili. L' osservanza di tali formalità era necessaria, sostanziale: chiunque nelle medesime avesse errato anche di una sillaba, incorreva nella perdita della causa (78). La necessità, l' oscurità e la complicazione di quest' arcana, sottile e superstiziosa procedura, poneva il popolo in bisogno di ricorrere al patrocinio

(76) Nella l. 2. §. his legibus, ff. de orig. jur.
(77) L. 2. §. 6. ff. de orig. jur.
(78) Sicorio, de judic. lib. I. cap. 21.

nio de' grandi, allorchè e' si trovava al punto di dover piatire. In così fatto modo, da indipendente ch' egli era, dipendentissimo diventava, e le leggi contenevano in se stesse i semi di quel veleno che insensibilmente mirava a struggere la repubblica.

IV. Per conoscere tutte le altre sottigliezze che accompagnavano l' antico processo giudiziario de' Romani, e specialmente quelle che aveano luogo negli atti fatti avanti al magistrato, (le quali, più che le altre, risguardavano il modo di proporre le azioni), farebbe mestieri di ripetere tutto ciò che da noi fu esposto nel quinto libro de' Digesti. Per evitare adunque un inutile ripetizione, vaglia per ora il rimettere i lettori al luogo sopra indicato.

V. Smarrite le Pandette, e surrogate in vece loro gran parte delle leggi de' Longobardi, tutte le antiche sottigliezze andarono quasi in disuso. La procedura recata da' nuovi popoli era semplicissima; non facea mestieri di tante citazioni, istanze, comparse, contraddittori e molte altre eterne filaterie del foro. Le liti si sbrigavano con facilità e prestezza (79). Non è però che questa sorta di giurisprudenza non fosse gran parte mancante, e spesso poco adattata alla maturità de' giudizi. Cessato il regno de' Longobardi e ritrovata la compilazione di Giustiniano, le leggi romane, pel fanatismo de' popoli, cominciarono a impadronirsi di tutti i tribunali d' Italia. Sebbene, dietro la testimonianza di tanti scrittori e dietro il confronto dell' une e delle altre leggi, non possa negarsi che alle longobarde prevalessero le romane, nulladimeno è pur certissimo che i nuovi costumi non permettevano di adottare nella lettera tutte le loro disposizioni. Fra le maggiori dissonanze che allora si ritrovavano fra leggi e costumi, v' era pur quella della procedura e di quasi tutto l' ordine e processo giudiziario. Imperciocchè tanto le leggi longobarde, le quali, come sopra osservammo, semplicissime erano; quanto il diritto Canonico che allora aveva grandissima preponderanza anche nel foro laicale, amavano la semplicità, non la confusione. I Vescovi solevano decidere le cause de' laici piuttosto come amichevoli conciliatori, che come giudici; piuttosto in via di concordia, che in via di litigio, senza chiasso, senza ricorsi, senza coazioni, con pace, con dolcezza, con rettitudine. Gl' Imperatori, veggendo come in tal modo si mantenesse tra' sudditi la concordia, furono propensissimi a volere che le cause fossero trattate e decise da' Vescovi medesimi (80). Si

(79) Muratori, Antiq. med. aev. Diss. 22.

(80) Sozomen. lib. I. Hystor. cap. 9. Jacop. Gotofred. in Extravag. princ. de Episcop. jud. in append. ad Cod. Teodos.

rendeva adunque impossibile che a tanta semplicità di costumi potesse convenire tanta sottigliezza di diritto (81). Era dunque mestieri che le leggi romane, risuscitando all'improvviso, sofferissero in questa parte correzioni gravissime. Siccome l'uso de' popoli avea delle medesime fatto una legge comune, alla quale si spalancarono le porte dei Tribunali, con somma antiveggenza i Pontefici presero cura d'impedire che nel foro le inutili superstizioni degli antichi non entrassero. Furono compilati i Canoni, ne' quali viddersi in gran parte collocati i principii dell'antica Romana procedura, scevri però da tutto quello che più non era acconcio a' costumi del secolo e alla pietà de' Cristiani (82).

VI. Ma sebbene il diritto Canonico, vindicando a sè stesso gran parte dell'antica romana procedura, tendesse quasi a riformarla, s'introdusse nulladimeno nella pratica de' Tribunali una moltitudine d'inconvenienti. La compilazione de' Canoni, al pari di quella delle leggi romane, in molte cose anch' essa cominciava a risentire dell'antico. Il tempo che avea cambiato di molte circostanze, non potè a meno di far cambiare anche que' canoni di leggi fatte in circostanze che più non esistevano. Non v'ha alcuno, versato nel foro, il quale non sappia come la vecchia procedura spesso degenerasse in lentezza, le quali ad altro non servivano che a consumare le parti in liti eternissime: spesso la sua brevità o semplicità non era comportabile con la maturità de' giudizi: molte erano le formalità abusive, le inutili moltissime: gli atti giudiziali, coperti nel velo di clausule espresse in un linguaggio sovente ignoto a' litiganti, spesso toglievano loro la facoltà di poter conoscere lo stato e l'andamento de' propri affari: la copia de' privilegi, i quali lasciavano in libertà di una delle parti la scelta de' giudici o de' tribunali, intralciava e confondeva la regolarità de' giudizi: le sottigliezze forensi, abusivamente introdotte, aprivano la strada agli artifizi de' difensori di una delle parti per avviluppare i giudizi e ritardare a danno dell' altra l'adempimento delle obbligazioni o il conseguimento de' propri diritti; finalmente l'illimitata licenza de' giudici

(81) S. Bernardo conoscendo come, dopo ritrovate le Pandette, tentavano d'impadronirsi nella sua Curia molte cavillazioni del diritto Romano ne scrisse a Papa Eugenio. Et quidem, egli dice, quotidie perstrepunt in palatio leges, sed Justiniani, non Domini. Justene etiam istud? Tu videris. Nam certe lex Domini immaculata convertens animas; hae autem non tam leges, quam lites sunt et cavillationes subvertentes judicium. lib. 1. de considerat. cap. 4.

(82) Veggasi il lib. II. delle Decretali di Gregorio IX, il quale, come pure parte del libro I. non contengono, se non il modo e la forma d'istruire e decidere le cause.

facea spesso dipendere la decisione della controversia più dal loro arbitrio, che dalla disposizione delle leggi.

VII. Dopo quell' epoca che scosse fino dalle fondamenta quasi tutta l' Europa, tornato l' immortale Pio VII. all' amore de' propri sudditi, volse subitamente il pensiero a riformare l' antica pratica, ordinando la compilazione di un nuovo Codice di procedura, il quale fosse l' unico fonte, da cui dovessero prendere norma tutti gli atti della tela giudiziaria nelle materie civili. Furono da quel tempo abolite tutte le antiche forme di procedura, qualunque fosse la sanzione, da cui derivassero, salvo la semplice eccezione delle Curie e dei tribunali Ecclesiastici ne' giudizi di loro propria competenza (83). Salito poscia al soglio Pontificio Leone XII. basò il regolamento di procedura sugli stessi principii, senza recarvi mutazioni di rilievo: fece lo stesso l' attuale Sommo Regnante Gregorio XVI. Per sua sovrana disposizione le leggi del Codice Piano vennero semplicemente riordinate e scritte in termini più chiari e più precisi, emendate e modificate solo in qualche parte, affine di dar luogo alle dichiarazioni in casi dubbi emanate con apposite circolari. Abolite tutte le leggi che riguardano gli oggetti in esso compresi, l' attuale regolamento unito a parecchie dichiarazioni della Segretaria di Stato, forma oggigiorno presso noi la prima e quasi l' unica norma di procedura nelle materie civili. E comecchè non possa negarsi che in esso, prescindendo dalle leggi Canoniche e specialmente dalle costituzioni di Benedetto XIV. siano in gran parte attinti i principii dal diritto comune, nulladimeno, riformato in tal modo il sistema di proporre le azioni, e generalmente tutto l' ordine de' giudizi, si può a buon conto inferire che le antiche leggi de' Romani su tale materia presentino piuttosto un oggetto di mera erudizione, che di vera utilità.

§. Actio.

SOMMARIO

Negli odierni costumi non è necessario esprimere nel libello il nome dell' azione.

Giustiniano, dopo Celso (84), dice che l' azione non è altro che il diritto di ripetere in giudizio quello che ci è dovuto. Secondo le

(83) Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. I. lib. II. de' Digesti.
(84) Nella l. 51. ff. hoc. tit.

antiche formalità de' Romani era necessario che il nome dell' azione fosse nel libello espresso (85). L' omissione di questa formalità per parte dell' attore cagionava la perdita della lite (86). Secondo la disposizione del diritto Canonico (87), col quale concorda la pratica del foro, tale necessità è tolta, bastando che in esso si esprima il fatto, e la verità delle cose puramente, semplicemente, senza tante sottigliezze (88). Indi è che sebbene anche oggigiorno la qualità e l' indole delle azioni si debba desumere dalle leggi del diritto romano (89), non v' ha però alcun dubbio che i nomi delle medesime, o almenó della maggior parte, siano quasi del tutto andati in disuso (90).

§. Sed istae, 3.

SOMMARIO

Osservazioni sul presente paragrafo.

Il presente paragrafo forma la nota divisione delle azioni in pretorie e civili. Del resto, siccome la giurisprudenza degli antichi pretori non è più in uso, stimo che questa distinzione negli odierni costumi possa chiamarsi superflua (91).

§. Namque, 4.

SOMMARIO

Se l' azione Pubbliciana sia dal diritto Canonico abolita.

L' azione pubbliciana è un' azione reale pretoria, la quale si dà al possessore di buona fede contro qualunque altro possessore, accioc-

(85) Gudelin. de jur. noviss. l. 4. c. 5. Cristin. vol. 2. decis. 88. n. 7.

(86) Sigon. de jud. lib. I. cap. 21.

(87) C. dilecti 6. X. de judic.

(88) Veggasi la Ruota, nella Bononiens. Cumuli 20. Giugno 1831. §. 3. De Cursys; e nella Tiphernat. Stipulationis instrumenti 18. Apr. 1843. §. 6. Muzzar.

(89) Reg. legislat. e giud. 10. Nov. 1834. §. 369.

(90) Oltre gli autori sopraccitati, veggansi il Riegerio, univ. civ. et crim. jur. lib. 4. tit. 39. §. 1674. Voet. comm. ad Pand. tit. de jud. n. 8.

(91) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 7. n. 3. tit. II. lib. I. nel tit. XIX. tit. III. e nel §. ult. n. 2. tit. III. lib. IV. Istit.

chè gli venga restituita la cosa da lui casualmente perduta, prima di averla prescritta. Con tale azione si finge che il possessore di buona fede abbia in effetto prescritto mediante lo spazio di tempo dalle leggi stabilito, sebbene in realtà la prescrizione non sia stata compiuta.

Non tutti gl' interpreti convengono se la suddetta azione sia stata dalle leggi Canoniche abolita. Per l' affermativa si può dire, che siccome il possessore, muovendo tale azione, in effetto dichiara sè non essere il vero padrone della cosa da lui già posseduta, così, subentrando nella mala fede, per legge Canonica, non solo non può prescrivere, ma neppure intentare la Pubbliciana, essendo la medesima fondata sullo stesso diritto di prescrizione. Per la negativa si può rispondere che, quanto all' azione Pubbliciana, la sopravveniente mala fede non reca alcun pregiudizio, mentre essa non si promuove contro il vero padrone; ma solo contro un terzo, il quale possiede un titolo meno vantaggioso; e che d' altronde, l' attore, muovendo la suddetta azione, non allega sè essere o non essere padrone; il che in entrambi i casi sarebbe falso, o pregiudicevole; ma sè essere possessore di buona fede, per avere acquistato la cosa o il fondo mediante giusto titolo (92). Quest' opinione, la quale è senza dubbio più ragionevole, venne abbracciata da quasi tutti gl' Interpreti (93).

Del resto, siccome in pratica il nome dell' azione non si suole esprimere, e d' altronde, i rimedi per reintegrare l' attore nel suo possesso, tanto per l' uno che per l' altro diritto, sono parecchi, così in foro il nome di quest' azione è quasi totalmente sconosciuto (94).

§. Item Serviana, 7.

SOMMARIO

I. *Differenza fra il pegno e l' ipoteca. Rimando.*
II. *Origine ed effetto dell' azione Serviana e quasi Serviana.*
III. *Legislazione moderna.*

I. Secondo il tenore delle antiche leggi romane l' ipoteca non si poteva acquistare con una semplice convenzione. Questo diritto non

(92) VINNIO, hic. n. 7.

(93) BALD. in c. pastoralis, n. 13. Decret. lib. I. MENOCH. recuper. poss. rem. 16. n. 13. BURGOS. in rubr. Decret. tit. de empt. n. 10. BRUNEMMAN. in l. 7. n. 16. ff. hoc. tit. ed altri dal med. allegati.

(94) VOET. comm. ad Pand. tit. de Pubblician. in rem. action. n. ult. RICHER. univ. civ. et crim. jur. lib. 4. tit. 4. §. 153.

venne introdotto che dagli editti del pretore, contro i principii delle leggi civili, in forza delle quali, essendo le ipoteche un diritto reale al pari de' dominii, non si potevano acquistare mediante la convenzione, ma solo con la tradizione. Forse l' uso frequente delle ipoteche, e gl' incommodi che si presentavano nel crearle con la tradizione, fecero allontanare il pretore dalle rigorose massime del diritto romano. Introdotti questi nuovi principii, la precipua differenza che rimase tra il pegno e l' ipoteca, fu che il primo si potea contrarre con una semplice convenzione, nè avea bisogno di tradizione alcuna; ma per la seconda la tradizione fu sempre indispensabile. Stimo superfluo di far conoscere quanto l' odierna giurisprudenza ipotecaria abbia derogato a queste disposizioni delle leggi romane e agli editti de' pretori, mentre ciò venne da noi altrove accuratamente dimostro (95).

II. Per diritto civile il pegno è un contratto reale, e perciò il creditore non può esercitare alcun diritto, se non quando è in possesso dell' oggetto pignorato; ma come lo stabile è sempre posseduto dallo stesso debitore, spesso ne risultava l' inconveniente che il creditore ipotecario non poteva seguire contro i terzi l' effetto della sua ipoteca. Per questa ragione fu dal pretore introdotta l' azione Serviana, e sull' esempio di questa, la quasi Serviana.

L' azione Serviana è quella che compete al locatore di un fondo rustico contro qualunque possessore, per ripetere le cose del colono, a lui tacitamente obbligate in sicurezza delle sue pensioni. L' azione quasi Serviana è quella che compete a qualunque creditore ipotecario contro qualunque possessore per ripetere le cose del suo debitore, a lui obbligate in sicurezza del credito.

Quanto alla prima, le leggi romane distinguono l' inquilino di una casa, dal conduttore di un fondo rustico. Riguardo a quello, il locatore ha di diritto un' ipoteca legale sopra tutti i mobili che guarniscono l' abitazione: rispetto al secondo, non ha di diritto altra ipoteca, che sopra i frutti. Gli oggetti che guarniscono il fondo non si ritengono ipotecati, se non quando vi sia una speciale convenzione. Forse le leggi romane stimarono che in quest' ultimo caso i frutti offerissero una bastante sicurezza.

Quanto ad entrambe, per diritto romano potevano aver luogo, indipendentemente da qualunque formalità, tanto per l' ipoteca costituita sopra i mobili che sopra gli stabili.

(95) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 5. §. inter pignus, ff. de pign. et hypoth.

III. Secondo i principii dell' odierna giurisprudenza ipotecaria i mobili non sono capaci d' ipoteca (96). E perciò il locatore di un fondo, tanto rustico che urbano, non ha oggigiorno ipoteca alcuna; ma solo un privilegio, il quale esiste indipendentemente da qualunque formalità (97), sui frutti e sulle cose che esistono nel fondo locato (98). Siccome però il privilegio sui mobili non segue la cosa presso il terzo (99), così ne segue che se il conduttore o l' affittuario abbia alienato i mobili od i frutti da lui posseduti, questi diventano libera proprietà dell' acquirente; e il locatore, come qualunque altro creditore, non ha diritto di perseguitarli.

§. De constituta, 9.

SOMMARIO

Negli odierni costumi il costituto obbligatorio non differisce dalla malleveria.

Ne' libri delle leggi romane si scontra più volte fatta menzione del costituto. Esso è di due sorta; possessorio, il quale ha luogo, qualora chi possiede tuttavia a suo nome, dichiara e costituisce di possedere a nome di un altro (100); e obbligatorio, il quale ha luogo allorchè un tale, senza alcuna stipulazione, promette quello, di cui è già debitore egli stesso, o un terzo (101).

Quest' azione fu introdotta per equità del Pretore contro l' espressa sanzione delle leggi civili, le quali disponevano che il patto nudo,

(96) Reg. sul sistem. ipotec. di Pio VII. art. 4. Mot-Prop. di Leone XII. art. 3. Mot-Prop. di Gregorio XVI. art. 106. Cod. civ. Franc. art 2119. Cod. Albert. art. 2167. Cod. delle D. S. art. 2004. Legge Toscana sul sistem. ipotec. 2. Maggio 1836. art. 56. Cod. Parmens. art. 2169. Cod. Ticin. art. 1146.

(97) Mot-Prop. di Gregorio XVI. art. 94. Cod. Albert. art. 2203. Cod. Parmens. art. 2150. Legge Toscana art. 44. Concordano i rimanenti Codici.

(98) Mot-Prop. di Greg. XVI. art. 77. Cod. Franc. art. 2102. Cod. Albert. art. 2157. Cod. delle D. S. art. 1971. Legge Toscana, art. 19. Cod. Parm. art. 2134. Cod. Ticin. art. 1184. Vuolsi però avvertire che negli articoli de' sopra citati Codici esteri trovasi espressa una distinzione sul privilegio del locatore nel caso che il contratto sia fatto per atto autentico o per iscritto privato con data certa, dal caso che il contratto non sia autentico o non abbia certa data.

(99) Mot-Prop. di Pio VII. art. 4. Mot-Prop. di Leone XII. art. 3. Mot-Prop. di Gregorio XVI. art. 70. Concordano i rimanenti Codici.

(100) L. quod meo, ff. de adq. vel. ammit. poss.

(101) Hic.

quantunque replicato, non fosse atto a produrre alcuna azione. Il costituto potea farsi anche fra assenti mediante un messo o una lettera, bastando a tale oggetto semplicemente il consenso (102), laddove la stipulazione, per le rigorose formalità delle quali era rivestita, esigeva che le parti fossero presenti.

Del resto, dacchè l' equità de' Sacri Canoni volle che il patto nudo fosse bastante a produrre azione tutte queste sottigliezze de' romani andarono in disuso. Negli odierni costumi di quasi tutte le nazioni di Europa chi si obbliga per sè, è tenuto ad adempiere la sua obbligazione tanto se si obblighi per patto, che per stipulato; e chi si obbliga per altrui mediante il costituto pretorio, poco o nulla differisce da chi si rende mallevadore (103).

§. Actiones autem, 10.

SOMMARIO

Osservazione su questo paragrafo.

Oggigiorno coloro che sono addetti al nostro servizio, non sono schiavi, ma persone libere. E perciò i padroni regolarmente non rimangono obbligati pel fatto loro, semprecchè l' obbligazione non sia stata dal servo contratta per un fatto o per una colpa commessa in quello stesso ufficio, al quale furono da loro deputati (104).

§. Item si quis, 11.

SOMMARIO

I. *Del giuramento decisorio.*
II. *Giurisprudenza romana.*
III. *Giurisprudenza Pontificia.*

I. Fra le azioni pretorie, da Giustiniano collocate in questo titolo, v' ha pure l' azione *in factum*, la quale nasce dal giuramento. Se Pri-

(102) L. 1. in fin. ff. hoc tit.

(103) Gudelin. de jur. noviss. l. 3. cap. 11. vers. fidejussores. Voet, comm. ad Pand. tit. de const. pecun. in fin. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 3. tit. 14. §. 1966. Card. de Luc. de credit. disc. 74. n. 9.

(104) Grozio, Introd. lib. 3. part. 38. n. 9. Farinacc. quest. 110. n. 111. et segg. Spada, Cons. 194. lib. 3. Card. de Luc. de locat. disc. 9. n. 5. 6.

mo, dietro richiesta dell' avversario Secondo, abbia giurato dovergli una tale e tal somma, o una tale e tal cosa, dopo giurato non si suol più prendere ad esame, se la domanda di Primo sia, o no, giusta; ma solamente s' egli abbia giurato. Questa è quella specie di giuramento che da' Giureconsulti chiamasi necessario, perchè la parte, cui fu deferito, dee necessariamente giurare o referirlo. In ogni caso col medesimo si pone termine alla controversia e perciò si chiama anche decisorio.

II. È dagl' Interpreti disputato, se questa sorta di giuramento possa revocarsi mediante il soccorso di nuovi documenti, ovvero provando lo spergiuro. Labeone sembrò di opinione affermativa, dicendo che se ad una delle parti venisse dall' avversaria deferito il giuramento, ed ella avesse giurato, e però fosse stata assoluta, provato lo spergiuro, si potesse contro la medesima agire con l' azione di dolo (105). Pomponio all' opposto, la cui sentenza abbracciò anche Marcello, fu di sentimento contrario (106). La ragione, è perchè nell' atto di tale giuramento v' ha di mezzo una tacita convenzione (107), per la quale l' attore che il deferisce o referisce, promette di non chiedere altrimenti qualora il reo abbia giurato di non essere debitore: e, d' altronde, il reo, deferendo o referendo il giuramento all' avversario, tacitamente promette la soddisfazione, qualora l' attore abbia giurato di essere creditore. In sostanza ogni volta che il giuramento sia stato deferito o referito, si ritiene come tacitamente intervenuta una transazione, la quale impedisce ogni ulteriore progresso di lite (108). Dalla qual cosa ne segue che sebbene la parte, cui fu dato il giuramento, abbia commesso uno spergiuro, non per questo se gli può togliere di mano la vittoria da lei col medesimo riportata. Ma in tal caso sarà ella soggetta a punizione alcuna? Per legge di Giustiniano la punizione è rimessa soltanto al tribunale dell' Ente Supremo. Le leggi di questo Principe, basando sulla frivolezza di una supposta transazione, lasciano questo delitto impunito (109).

III. Che che però ne sia di tale disposizione, il diritto Canonico non vuole che lo spergiuro rimanga impunito (110). Le odierne leggi

(105) L. quod si, 21. ff. de dol. mal.
(106) D. l, quod si, 21. et seqq. ff. de dol. mal.
(107) L. Sed et si servus, 25. et seq. §. ult. ff. hoc tit.
(108) L. si quis cum debitore, ff. hoc tit.
(109) L. 2. Cod. de reb. cred. et jurejur. Brunemman. Ibid. n. 9.
(110) C. 29. causs. 23. quest. 3.

Pontificie, desumendo i principii dall' uno e l' altro diritto, quanto al sopraddetto giuramento, non ammettono prova in contrario nei giudizi civili (111); ma non per questo è preclusa la strada di provare lo spergiuro in via criminale. Nel qual caso il colpevole, tanto se il giuramento sia deferito che referito, non solo è soggetto alla pena (112), ma eziandio alla riparazione de' danni (113).

§. Penales quoque, 12.

Sarebbe superfluo trattare delle azioni penali accennate in questo paragrafo, mentre di esse abbiamo fatto menzione ne' titoli, in cui sono collocate.

§. Praejudiciales, 13.

SOMMARIO

I. *Delle azioni pregiudiziali secondo il significato delle leggi romane. Uso delle medesime.*

II. *Delle azioni pregiudiziali secondo il significato del foro: quando abbiano luogo nell' odierna giurisprudenza.*

I. Esposti i due generi delle azioni personali e reali, pone Giustiniano in terzo luogo un' altra specie di azioni, le quali non sono propriamente nè reali, nè personali, laddove pertanto partecipano tanto delle une che delle altre. Queste azioni chiamansi pregiudiziali, perchè debbono precedere l' esercizio delle altre, e trattano dello stato delle persone. Lo stato delle persone è di tre specie, cioè di libertà, d' ingenuità, e di famiglia; di tre specie adunque sono le suddette azioni. La prima tende a provare se un tale sia libero o servo: la seconda, se sia ingenuo o liberto: la terza, se sia, o no, figlio. Siccome oggigiorno non abbiamo servi nè liberti, è chiaro che le due prime specie di azioni per noi sono inutili.

II. Nel significato di questo paragrafo pregiudiziali chiamansi quelle azioni che per loro natura debbono precedere l' esercizio delle altre: nell' uso del foro si chiamano pregiudiziali anche quelle azioni, le quali

(111) Reg. giud. 10. Nov. 1834. §. 757.
(112) Reg. sui delitti e sul pene 20. Settembre 1832. §. 165.
(113) Reg. di proced. crim. del 5. Nov. 1831. art. 3. Cod. Albert. art. 1480.

hanno fra loro connessione e continenza. L' effetto di questa continenza e connessione è, che in tal caso (semprecchè le azioni sieno introdotte simultaneamente e innanzi a più tribunali pari nel grado) può aver luogo il ricorso al Tribunale Supremo per l' unione delle cause, affine di evitarne la complicazione. Giova avvertire che, prima dell' odierna nostra giurisprudenza, era a tal uopo necessario che nelle cause contemporaneamente pendenti concoresse la triplice identità di azione, di cosa e di persona (114). Ma dopo l' attivazione del nostro regolamento di procedura, per l' effetto dell' unione basta che le cause o le azioni siano fra loro connesse in modo, che il farle decidere da diversi giudici o tribunali possa produrre contrarietà di giudicati (115).

§. Sic itaque, 14.

SOMMARIO

Inutilità della presente legge.

Le antiche formole del diritto romano prescrivevano che qualora l' attore intentasse l' azione reale, dovesse allegare sua essere la cosa da altrui posseduta: all' opposto, muovendo l' azione personale, dovea dire essere l' avversario obbligato a fare o dare. Nel primo caso era proibito, sotto pena di nullità, all' attore di far uso della seconda formola. E ciò per questo, che siccome *dare* significa trasferire il dominio, così gli antichi ritennero per un assurdo che si domandasse la traslazione del dominio da quello che già l' aveva. Saggiamente osserva l' Hotmann che le parole di questo paragrafo si debbono riferire a' costumi di que' tempi, ne' quali erano tuttavia vigenti le formole degli antichi. Il perchè, essendo esse state da Giustiniano abolite (116) sono oggigiorno del tutto inutili. Si aggiunga che dietro la disposizione dei SS. Canoni, tutte queste sottigliezze si resero superflue (117); e d' al-

(114) Arg. l. 12. 13. 14. ff. de except. rei jud.

(115) Segnat. nella Bononiens. unionis et avocationis Caussae 6. Maggio 1834. nella Tipheruen. avocationis caussarum, 4. Marzo 1836. nella Romana unionis caussarum, 9. Maggio, nella Romana unionis caussarum 1. Agosto 1837. nella Romana unionis caussarum 20. Giugno 1839. Grossi; e nella Romana, seu Bononien. avocationis caussae, 11. Luglio 1837. Conventati.

(116) L. 1. l. 2. Cod. de for. et impetr. subl.

(117) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. princip. di quest. tit.

tronde in buona favella, tanto latina che volgare, dare si usa anche per rendere e trasferire (118).

§. Appellamus, 15.

SOMMARIO

Inutilità della presente legge.

Era anticamente costume che chiunque volea promuovere una lite, dovea denunciare all' avversario di comparire in tribunale: l' avversario dovea ivi recarsi immantinenti, o dar mallevadori, i quali garantissero ch' egli nel giorno prefisso sarebbe comparso. Costituito dal Pretore il giudizio, tanto il reo che l' attore di comune consenso denunciavansi scambievolmente di comparire a quel giudizio in un giorno determinato. Da quest' antica formalità ebbe origine il verbo *condicere*. Com' essa però era andata in disuso a' tempi di Giustiniano, avendola espressamente abrogata gl' Imperatori Arcadio, Onorio, e Teodosio, così venne dall' Imperatore stabilito che, dopo presentato il libello citatorio, si dovesse al reo concedere lo spazio di venti giorni, acciocchè in questo tempo egli potesse deliberare se voleva, o no, contendere (119). Oggigiorno la citazione medesima contiene il tempo a comparire, il quale è più o meno lungo, secondo la distanza de' luoghi e la competenza de' tribunali (120).

§. Rei persequendae, 17.

SOMMARIO

Pena del duplo nel deposito necessario oggigiorno abolita.

Nel caso di deposito miserabile, il depositario, negando la consegna, per legge romana era tenuto nel duplo. La pena del duplo in proposito oggigiorno è abolita (121).

(118) Quanto alla pena del duplo e del quadruplo, di cui si fa menzione in questo paragrafo, veggasi quello che abbiamo detto nel §. 5. tit. I. di quest. lib.

(119) Auth. offeratur, Cod. de lit. cont.

(120) Veggasi il Motu-Proprio di Gregorio XVI. art. 447. e segg.

(121) Reg. sui delitti e sulle pene, del 20. Settembre, 1832. art. 357. 358. n. 1. junct. art. 367. Voet, comm. ad Pand. lib. 16. tit. 3. n. 11. in fin. Richer univ. civ. et crim. jur. lib. 3. tit. 10. §. 1100.

§. Ex maleficiis, 18.

SOMMARIO

Negli odierni costumi le azioni penali non appartengono alla scienza civile.

Le azioni penali oggigiorno si esercitano dal pubblico ministero, non dalla parte offesa, e l' azione pel duplo e pel quadruplo nel caso di furto manifesto o non manifesto, è abolita, unitamente alla suddetta distinzione del furto (122).

§. Vi autem, 19.

SOMMARIO

Osservazione sulle azioni penali e miste.

L' azione contro i rapitori de' beni è mista, poichè nel quadruplo si contiene tanto la pena che il valore della cosa rapita: mista è parimenti l' azione della legge Aquilia, mentre talvolta ella cresce nel doppio, e la condanna ha sempre luogo in quanto la cosa uccisa abbia avuto di valore massimo entro l' anno, e la danneggiata ne' trenta giorni precedenti. Negli odierni costumi la pena non è mai l' oggetto delle azioni private, e perciò ritengo che siccome in questo senso non vi sono oggigiorno azioni penali, così neppure sianvi azioni miste. Quanto alle pene accennate in questo paragrafo, altrove accennammo ch' elle oggigiorno non sono più in uso (123).

(122) Reg. sui delitti e sulle pene, 20. Settembre, 1832. lib. II. tit. XXV. junct. art. 367. Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 3. e 5. tit. I. di quest. lib.

(123) Reg. sui delitti e sulle pene, 20. Settembre, 1832. lib. II. titolo XVII. e art. 345. e segg. junct. art. 367. Veggasi quello che abbiamo detto nel paragrafo principale titolo II. e nel §. principal. §. 13. tit. III. di questo libro.

§. Omnes autem, 21.

SOMMARIO

Negli odierni costumi tutte le azioni sono nel simplo.

Tutte le azioni generalmente parlando, sono nel simplo, nel duplo, nel triplo o nel quadruplo; oltre questo termine non si può estendere azione alcuna. Da quanto abbiamo detto nel corso del presente libro, appare chiaramente che negli odierni costumi tutte le azioni sono nel simplo; salva sempre, quand' abbia luogo, la rifazione dei danni e delle spese. In occasione di questo paragrafo sogliono disputare gl' Interpreti se nelle convenzioni la pena possa eccedere il quadruplo, su qual proposito venne da noi altrove esposto come si regoli la pratica (124).

§. In duplum, 23.

SOMMARIO

Abolizione delle azioni in duplo. Rimando.

In questo paragrafo vengono collocate quasi tutte quelle azioni, con le quali si domanda il duplo. Tale spesse volte è l' azione della legge Aquilia, quella del furto non manifesto, del servo corrotto, e generalmente tutte quelle, nelle quali per la negativa del reo cresce il valore della lite. Siccome vennero a suo luogo accennate le ragioni, per cui queste azioni nel duplo non sono oggigiorno più in uso, così ora non franca la spesa di farne la ripetizione.

§. Tripli, 24.

SOMMARIO

Abolizione delle azioni in triplo.

Erano anticamente stabilite certe mercedi o salari, chiamate sportule, le quali dal reo si dovevano agli uscieri incaricati d' intimare le istanze e di eseguire le sentenze. Sembra che tal mercede fosse pro-

(124) Veggasi quello che abbiamo detto nel paragrafo 7. tit. XVI. lib. III. Istit.

porzionata al valore della domanda contenuta nel libello. Spesso occorreva che gli attori indi cogliessero occasione di frode; mentr' essi, per recare all' avversario maggior incommodo, solevano nel libello esprimere una somma maggiore della giusta, affinchè l' usciere, con danno del reo, prendesse maggior quantità di salario. Giustiniano, per ovviare a questa perfidia, stabilì che in tal caso l' attore fosse multato nel triplo. Questa disposizione recedeva da quelle regole generali dell' antico diritto, che condannavano alla perdita della lite quello che in qualunque modo avesse chiesto più del dovere (125).

Oggigiorno le mercedi e i salari dovuti ai magistrati e a' ministri di giustizia sono fissate dal governo, abolita qualsivoglia maniera di sportule e propine (126). Se l' attore con indebite domande tenta di consumare l' avversario in spese, queste, terminata la lite, sono a suo carico, nè ha più luogo l' azione pel triplo (127).

§. Quadrupli, 25.

SOMMARIO

Abolizione delle azioni in quadruplo.

Quattro sono le azioni penali in quadruplo, di cui fa qui menzione Giustiniano. Quella di furto manifesto; quella, con cui si ripete ciò che ci venne estorto per timore; quella che si dà contro coloro che abbiano ricevuto danaro per muovere altrui un' ingiusta lite; finalmente quella che si dà contro gli uscieri ed esecutori delle sentenze, i quali dolosamente abbiano percetto sportule o propine maggiori delle dovute.

Quanto all' azione in quadruplo nel caso di furto manifesto, altrove osservammo ch' ella oggigiorno non è più in uso (128).

Quanto all' azione *quod metus causa*, introdotta da' Pretori, vuolsi osservare, che anticamente essa importava un giudizio di restituzione in intiero. Se il citato non restituiva la cosa prima della sentenza, avea luogo la condanna nel quadruplo (129). La suddetta azione veniva concessa contro i rapitori de' beni, e nella sua origine fu anteriore all' accusa pubblica della legge Giulia, e all' accusa straordinaria posta

(125) §. Si quis agens, infr. eod.

(126) Editto del 15. Decembre 1834. art. 338.

(127) Veggasi il Gudelin. de jur. noviss. lib. 4. cap. 5. in fin.

(128) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 5. tit. I, di questo lib.

(129) L. 14. §. 1. ff. quod. met. caus.

in uso ne' primi secoli dell' impero. Del resto, premesse queste cognizioni storiche, oggigiorno il delitto contemplato nel presente paragrafo, il quale cade nel genere delle concussioni, non somministra al danneggiato altr' azione, che per la reintegrazione delle spese e pel risarcimento de' danni (130).

Quanto alla terza azione summentovata, vuolsi osservare che anticamente l' accusa competeva a ciascun cittadino; epperò, essendo facile il trovare accusatori, i quali per odj o vendette private facessero turpe abuso del loro diritto a carico degli innocenti, era mestieri sgomentarli con le pene. Era tra esse che chi aveva ricevuto danaro, per promuovere una falsa accusa, fosse tenuto nel quadruplo di quanto avea percetto. Secondo l' odierno regolamento criminale il reo di calunnia, salvo, come sopra, l' azione civile per la riparazione dei danni e delle spese, è tenuto criminalmente, oltre una multa più o meno estesa, secondo l' effetto e l' entità del suo delitto (131). E siccome questa pena pecuniaria, applicabile al fisco non alla parte offesa, è dalla legge determinata in una certa quantità, la quale può crescere o diminuire a norma delle circostanze; così quella del quadruplo dee ritenersi abolita (132).

Quanto all' ultima delle sopraddette azioni, osserviamo che la legge ha oggigiorno prefisso la pena particolare per que' funzionari, pubblici ufficiali, o loro commessi e subalterni, e per gli esattori de' tributi di qualunque specie, qualora esigano ciò che sapevano non essere loro dovuto o che eccede ciò che è dovuto. Se questi sono capi di ufficio, oltre la perpetua inabilitazione all' ufficio medesimo, la pena consiste in una multa uguale alla somma percetta; non mai però minore di scudi trenta. Se sono subalterni, oltre la perpetua inabilitazione, la pena è una multa non minore di scudi venti (133). Siccome qualunque altra disposizione su que' delitti e pene, che vennero contemplate dalle odierne leggi, si dee ritenere come abolita (134), così non v' ha alcun dubbio che sia in proposito abolita anche quella del quadruplo.

(130) Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. II. n. 3. di questo libro.
(131) Reg. sui delitti e sulle pene, 20. Settembre 1832. art. 153. e segg.
(132) D. Regol. art. 367.
(133) D. Regol. art. 203.
(134) D. Regol. art. 367.

§. Sed furti, 26.

SOMMARIO

Osservazioni sul presente paragrafo.

Dice Giustiniano che l' azione di furto manifesto e quella del servo corrotto sono sempre nel duplo, laddove l' azione della legge Aquilia e quella del deposito miserabile sono nel duplo, solo nel caso che il reo perseveri nella negativa. Quanto all' azione per ripetere i lasciti fatti a' luoghi venerabili, non solo è nel duplo per la negativa del reo; ma eziandio nel caso che questi differisca il pagamento sino alla citazione. Negli odierni costumi, tolta la differenza fra azioni penali e miste, tutte le azioni sono meramente persecutorie della cosa e nel simplo (135), essendo totalmente fuor d' uso quelle pene pecuniarie che anticamente si solevano applicare in vantaggio della parte offesa (136),

§. Item actio, 27.

SOMMARIO

Osservazioni sull' azione quod metus causa. *Rimando.*

L' azione *quod metus causa*, come altrove osservammo (137), differisce dalle altre azioni nel quadruplo, in quanto che queste si davano sempre per la stessa quantità; ma quella avea luogo nel quadruplo, solo quando il citato non restituiva la cosa prima della condanna. Per le ragioni allegate nel precedente paragrafo, oggigiorno l' azione *quod metus causa* non differisce dalle altre.

(135) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 21. di quest· lib.

(136) Gudelin. de jur. noviss. lib. 3. cap. 13. Buonon. de legib. abrog. lib. I. art. 206. Veggasi quello che abbiamo detto nel §. principal. tit. II. n. 3. di questo libro.

(137) D. Reg. art. 367.

§. Actionum, 28.

SOMMARIO

I. *Origine delle azioni di buona fede.*
II. *Se la distinzione fra le azioni di buona fede e di sommo diritto sia oggigiorno abolita.*
III. *Differenze fra le une e le altre in pratica non osservate.*

I. I Romani, i quali, come più volte osservammo, trassero dai Greci buona parte della loro legislazione, vollero che ciascun affare fosse diretto con l' azione che gli era propria. I motivi politici che fecero adottare questa massima, offerivano al popolo una ragionevolezza nello stato del governo. A Roma era giudice il popolo, o, se non l' era, si credeva che il fosse. Il popolo, come osserva il Montesquieu (138), non poteva essere capace di argomentazioni legali. Perchè egli potesse condannare, assolvere o differire la sentenza, era mestieri che se gli ponesse d' innanzi agli occhi un oggetto solo e un solo fatto: in caso diverso egli sarebbesi trovato in imbarazzo nel decidere le quistioni. Egli è perciò che i giudici presso i romani erano nella necessità di dover accordare la sola precisa domanda, senza potere accrescere, diminuire o modificare cosa alcuna. Il che, sembrando per avventura un po' duro, i Pretori, seguendo l' equità, immaginarono alcune formole di azioni, le quali furono chiamate di buona fede.

II. La formola di queste azioni si trova descritta da pressocchè tutti i commentatori delle leggi civili, e perciò crediamo superfluo di farla conoscere. In sostanza da essa ebbe origine la distinzione delle azioni di sommo diritto e di buona fede. La differenza fra le une e le altre consiste in questo, che nelle prime il giudice non poteva in conto alcuno oltrepassare i confini della dimanda; nelle seconde la maniera di pronunciare era gran parte rimessa alla sua disposizione. Del resto, cambiata la forma de' giudizi, abolite le antiche scrupulose formalità, parecchi fra gl' Interpreti disputarono se questa distinzione, propria dell' antico processo giudiziario de' romani, oggigiorno debb' anch' essa ritenersi abolita. Non mancò chi fu di sentimento affermativo, allegando che tra' Cristiani tutti gli affari si debbono trattare in buona fede (139). Ragione frivolissima, imperciocchè le azioni di sommo diritto non am-

(138) Esprit des lois, liv. 6. ch. 4.
(139) Imbert. Enchir. in verb. eviction, circa fin.

mettono dolo alcuno, chiamandosi tali, solo perchè in esse ha luogo un' interpretazione più rigorosa (140). Osserva il Fabro (141) che qualora si volesse togliere la sopraddetta distinzione, n' andrebbe a repentaglio quasi tutta la romana giurisprudenza. Certo è però che siccome i giudizi non sono oggigiorno allacciati dalle antiche formalità, e per l' ordinario non si suole in pratica esprimere il nome dell' azione, simile distinzione è meno rimarchevole, e, senza dubbio, in parte abolita.

III. La qual nostra proposizione provasi all' evidenza, facendo il confronto delle più importanti differenze che anticamente correvano tra questi giudizi; differenze che oggigiorno più non esistono, od esistendo, hanno un effetto senza fallo minore di quello che v' attribuivano i romani.

È noto che ne' giudizi di buona fede si teneva ragione anche di ciò che non era espressamente convenuto, qualora l' equità e la buona fede l' avessero richiesto (142): ne' giudizi di sommo diritto, all' opposto, non si avea riguardo, se non a quello ch' era stato espressamente convenuto (143). Negli odierni costumi, senza distinguere i giudizi di buona fede da quelli di sommo diritto, in ogni sentenza definitiva si condanna il soccombente nelle spese (144), e il giudice può anche ordinare la compensazione delle medesime, intera o parziale, qualora le parti soccombano rispettivamente in alcuno de' punti in controversia (145).

Il dolo malo che avea dato causa al contratto di buona fede, rendeva il contratto nullo ipso jure (146). All' opposto, il contratto di sommo diritto non era per tal causa nullo, ma si dovea rendere inutile, proponendo l' eccezione di dolo (147). Negli odierni costumi, dietro la disposizione del diritto Canonico (148), senza distinguere i contratti di buona fede da quelli di sommo diritto, qualunque obbli-

(140) §. Bonae fidei, 32. infr. eod.
(141) De error. pragm. dec. 9. err. 1.
(142) L. quod si nolit. 3. §. quia assidue, 20. ff. de aedil. edict.
(143) L. quidquid, 99. ff. de verb. obl.
(144) Moto-Proprio di Pio VII. 22. Nov. 1817. art. 141. Moto-Prop. di Gregorio XVI. art. 605.
(145) D. Moto-Proprio di Pio VII. loc. cit. Mot. Prop. di Greg. XVI. art. 606.
(146) L. eleganter, 7. de dol. mal.
(147) L. si quis, 36. de verb. obl. l. dolo, 5. Cod. de inut. stipul.
(148) D D. nel c. 2. X. plus petit.

gazione, in cui uno de' contraenti sia visibilmente leso per manifesto inganno dell' altro, si reputa invalida e nulla (149).

Ne' giudizi di buona fede la mora del reo convenuto era bastante, perchè di officio del giudice potesse aver luogo la condanna nelle usure (150). Ne' giudizi di sommo diritto, all' opposto, la mora del reo non era sufficiente, perchè il giudice potesse pronunciare la condanna nelle medesime: le usure in così fatti giudizi non erano dovute, se non in forza di una stipulazione (151). Negli odierni costumi la semplice mora o la contestazione della lite non è sufficiente, perchè il creditore possa percepire più della sorte, tanto se il danaro o la pecunia gli è dovuta in forza di un contratto di buona fede, quanto se gli è dovuta in forza di un contratto di sommo diritto, essendo a tal' uopo indistintamente necessario che la mora del reo gli apporti un danno evidente (152). E qualora il creditore possa giustificare il danno da lui sofferto, fatta giudiziale protesta contro il moroso debitore, dedotti e provati i requisiti castrensi, può lecitamente pretendere ed esigere le usure o i frutti compensativi in ragione della cosa a sè dovuta o della somma da lui prestata, senza bisogno di convenzione e senza distinguere se il contratto sia di buona fede o di sommo diritto (153).

Parecchie altre differenze fra questi giudizi si potrebbero allegare, le quali, perchè a suo luogo accennate, ommettiamo. Da quello che sinora abbiamo dimostro, si rileva agevolmente che nella forza e nell' effetto tutti i giudizi sono oggigiorno di buona fede.

(149) Grazian. contr. for. cap. 823. Concioli, allegat. civ. 4. n. 36. Ruota, Decis. 121. Buratto, Decis. 823. Dunozzetto.

(150) L. mora 32. §. 2. de usur.

(151) L. Titius, 24. de praescript. verb. L. 3. Cod. de usur.

(152) Leotard. de usur. disput. part. 1. sect. 8. n. 21. et seq. Card. de Luc. de usur. in summ. per tot.

(153) Veggasi la Ruota, nell' Assisien. super fructibus, 3. Luglio 1747. Cavillac. §. 2. e nella Romana pecuniaria, 20. Marzo 1747. Bussi, §. 4.

§. Fuerat antea, 29.

SOMMARIO

I. *Dell' azione per la dote. Diritto Romano e Giustinianeo.*
II. *Privilegio della* l. Assiduis, Cod. qui pot. in pign.
III. *Assurdi del suddetto privilegio. Pratica del foro.*
IV. *Legislazione Pontificia e straniera.*

I. A' tempi dell' antico diritto romano la moglie, per la ripetizione della sua dote, non aveva ipoteca alcuna; ma solo due generi di azioni, cioè quella conosciuta sotto il nome di *cose della moglie*, e quella di stipulato. La prima era di buona fede e perciò più estesa; la seconda di sommo diritto, e perciò più ristretta. Ma come questa in molte cose era più stabile e più sicura di quella, Giustiniano, per provvedere agl' interessi delle donne, trasfuse l' azione *rei uxoriae* in quella di stipulato, disponendo che tale azione fosse in questo caso di buona fede, e competesse alla donna, sebbene la stipulazione non fosse realmente intervenuta; per aggiunta, tenerissimo, com' egli era, del bel sesso, volle che la sopraddetta azione di stipulato, surrogata all' azione *rei uxoriae*, contenesse una tacita ipoteca legale sopra tutti i beni del marito (154). Da quell' epoca in poi, cominciò a introdursi l' ipoteca legale in favore delle mogli, la quale esisteva senza il bisogno di una stipulazione espressa, solo per effetto della legge dal giorno del matrimonio.

II. Pareva che Giustiniano potesse delle sue leggi chiamarsi contento, senza desiderare d' avvantaggio. Piacquegli pertanto sormontare ogni limite. Mosso da ragioni più degne di un oratore che di un legislatore, stabilì che l' ipoteca legale da lui concessa per la dote alla donna, dovesse avere la preferenza sulle ipoteche di tutti i creditori del marito, quantunque anteriori al matrimonio, e privilegiatissimi (155).

III. In forza di una disposizione così stravagante, un' ipoteca tacita e di tempo posteriore veniva ammessa a godere della preferenza sulle ipoteche espresse ed anteriori. Era questa un' iniquità senza esempio, la quale ingiustamente spogliava il creditore di que' diritti ch' egli s' era acquistati mediante convenzione espressa e con la sua diligenza. Non v' ha interprete delle leggi di Giustiniano, il quale non la bia-

(154) L. unic. Cod. de rei uxor. act.
(155) L. assiduis, Cod. qui pot. in pign.

simi. I Pratici, e generalmente tutti i Dottori, stimarono conveniente il moderarla con una interpretazione più ragionevole: stabilirono che la suddetta tacita ipoteca, benchè posteriore, dovesse godere della preferenza solamente riguardo alle tacite ipoteche, introdotte dalla legge, quantunque di tempo anteriori; e che, qualora fosse anteriore ella stessa, dovesse pure preferirsi alle ipoteche espresse posteriori, ma non però alle ipoteche espresse anteriori (156). Quest' opinione contro la manifesta disposizione della legge, venne ammessa dalla pratica forense di quasi tutte le nazioni (157).

IV. Sopravvenute le leggi de' Francesi, da' nostri Pontefici gran parte migliorate, il privilegio da Giustiniano accordato alla moglie per la sua dote rimase abolito. Secondo le vigenti leggi, le ipoteche legali, di qualsivoglia sorta, debbono essere espresse: le tacite ipoteche per la dote sopra i beni del marito non producono alcuno effetto in concorso de' creditori iscritti, e contro i terzi possessori (158). Secondo il Codice Francese e quello delle Due Sicilie l' ipoteca legale concessa

(156) Veggasi il Negusant. de pign. part. 5. membr. 2. n. 23. Vinnio, hic. n. 4. e generalmente tutti i Dottori nella l. ult. Cod. qui pot. in pign.

(157) Ant. Fabro, Cod. suo for. qui pot. in pign. def. 16. Cristin. vol. 4. decis. 159. n. 8. Gail. obs. pract. lib. 2. obs. 25. n. 10. Constant. ad statut. Urb. annot. 30. n. 32'. Ruota, nella Ferrariens. crediti cauthelae Angeli, quoad dotem, 11. Aprile, 1755, e nella Bononiens. executionis, 17. Magg. 1816. Serlupi §. 12.

(158) Moto-Proprio di Pio VII. sul sistema ipotecario, art. 26. Mot. Prop. di Leone XII. art. 29. Mot. Prop. di Gregorio XVI. art. 178. Ruota, nella Ariminens. graduationis et consignationis, 4. Marzo 1819. De Cursus §. 26. 27. In occasione di questa materia suolsi avvertire che un Angelo da Perugia, Giureconsulto che fiorì nel XIV. secolo, inventò un rimedio, pel quale un terzo che ne' beni del comun debitore avesse temuto un' esecuzione in forza di cosa giudicata, qualora ne' beni soggetti all' esecuzione avesse avuto qualche diritto, potea protestare contro il vincitore, e in tal modo impedire l' esecuzione. La maniera, con cui dovea eseguirsi il protesto, ed i moltiplici effetti di questa cautela, si trovano descritti da quasi tutti i pratici e non vale la pena di porli ora a rassegna. Giova solo osservare che soventi volte di questo rimedio solevano far uso le mogli de' debitori, allegando i loro diritti d' ipoteca sopra i beni del marito, per impedirne la subasta. Ma dietro l' odierno regime ipotecario, questo rimedio, unitamente agli altri dello stesso genere, rimase abolito. Ruota, nella Sabinien. Cauthelae Angeli, 8. Maggio 1818. Martinez. del Campo, §. 8. e nell' Asculana pecuniaria, 20. Gennajo, 1840. Alberghini §. 9. Niun creditore oggigiorno, sebbene privilegiatissimo, può impedire la subasta de' beni spettanti al comun debitore, essendogli solamente riserbato il diritto di ottenere la graduazione nella consegna del prezzo secondo la sua anteriorità e privilegio. Ruota, nella Romana, seu Verulana paecuniaria, 18. Giugno 1821. Martinez del Campo.

alla moglie esiste indipendentemente da qualunque iscrizione (159); negli stati Sardi, in Toscana, ne' Ducati di Parma, Piacenza e Guastalla e nel Cantone del Ticino, l' iscrizione è necessaria (160).

§. Praeterea, 31.

SOMMARIO

Uso delle azioni arbitrarie.

Arbitrarie, secondo le leggi de' Romani, chiamàvansi quelle azioni, nelle quali il giudice non era vincolato da formola alcuna, e perciò potea pronunziare, conforme gli fosse paruto più equo, e migliore. Secondo i principii dell' odierna giurisprudenza forense, questa sorta di azioni è quasi proscritta. Le vigenti leggi di quasi tutte le moderne legislazioni Italiane e straniere, avendo regolato il processo giudiziario con forme positive e più certe, senza violentare la coscienza del giudice, hanno adottato la massima di attribuir loro il minimo arbitrio possibile (161).

§. Si quis agens, 33.

SOMMARIO

I. *Delle pene stabilite contro coloro che domandano più del dovuto.*

II. *Abolizione delle medesime. Pratica del foro.*

I. Disponevano le leggi romane che se l' attore avesse domandato più di quello che realmente gli era dovuto, incorresse nella perdita della lite. E ciò per questo che, siccome l' attore in tal caso non provava essergli dovuto quello ch' egli aveva dedotto nella sua domanda, il giudice, coerentemente all' antico processo giudiziario, non poteva che assolvere il reo (162). Seguita l' assoluzione, questi acquistava l' eccezione del giudicato perpetua, e con la medesima poteva sempre

(159) Cod. civ. Franc. art. 2135. Cod. delle D. S. art. 2021.

(160) Cod. Albert. art. 2215. Legge Toscana del 2. Maggio 1836. sul sistema ipotec. art. 64. 84. Cod. Parmens. art. 2214. Cod. Ticin. art. 1160.

(161) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 28. di questo titolo.

(162) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 28. n. 1. di questo titolo.

respingere l' avversario, qualora egli avesse voluto nuovamente piatire sulla stessa controversia. L' unico mezzo, con cui l' attore poteva nuovamente riproporre la lite, era quello di procurarsi il rimedio della restituzione in intiero; ma questo rimedio non era di facile conseguimento, dovendo a tale oggetto concorrere l' inesperienza dell' età e la giusta causa. Giustiniano, abrogate le disposizioni dell' antico diritto, stabilì che chiunque avesse chiesto più del dovere per ragione della cosa, del luogo o della causa, fosse multato nel triplo; e se la domanda fosse esuberante per ragione del tempo, seguendo la costituzione di Zenone, volle che il termine stipulato nel contratto o determinato dalla natura dell' azione fosse raddoppiato in vantaggio del debitore, condannato inoltre l' attore alla rifazione delle spese.

II. Queste pene da Giustiniano stabilite contro coloro che ne' suddetti modi avessero chiesto più del dovere, furono abrogate dalle leggi Canoniche (163), con le quali si regolò la pratica di tutte le nazioni (164). Negli odierni costumi se l' attore abbia chiesto di più per ragione della cosa, del luogo, della causa o del tempo, non incorre che nella rifazione delle spese secondo i punti della controversia, in cui è rimasto soccombente (165); e qualora la sua dimanda venga totalmente ricusata, la condanna nelle spese procede in tutto, riserbatagli però la facoltà di riproporre l' azione regolarmente (166).

§. Si minus, 34.

§. Si quis aliud, 35.

SOMMARIO

Negli odierni costumi l' attore, dopo contestata la lite, non può cambiare l' azione.

Le antiche leggi Romane permettevano che l' attore, tanto prima che dopo la contestazione della lite, potesse emendare e mutare l' azio-

(163) Joann. Andr. nel c. unic. n. 11. Decret. de plus petit. Pirhing, ibidem, n. 8. Reiffenst. cod. n. 13. Rittersuth. de diff. jur. civ. et can. lib. 5. c. 15.

(164) Zoesius, comm. ad Inst. hoc. tit. n. 6. in Addit. Marescott. var. resol. lib. 2. cap. 131. n. 8. Ant. Fabro, Cod. suo for. de plus. petit. in fin. n. unic. Cristin. vol. 1. Decis. 157. Voet, comm. ad Pand. tit. de jud. n. 25.

(165) Vegganși gli Autori sopra citati e il Moto-Proprio di Pio VII. art. 1141. Mot. Prop. di Gregorio XVI. art. 606.

(166) Vegganși gli Autori sop. cit. e il Mot. Prop. di Greg. XVI. 604.

ne da lui proposta (167). Giustiniano confermò la disposizione delle antiche leggi, e più, permise che l'azione si potesse mutare anche nello stesso giudizio (168). La pratica forense di quasi tutte le nazioni ripudiò l'una e l'altra disposizione, ammettendo che l'azione, dopo proposta, si potesse correggere, ma non cambiare (169). E in fatti, se l'attore domanda una cosa, la quale stima appartenergli in forza di testamento, laddove in vece gli appartenga in forza di stipulato, il giudice non può conoscere, se non del diritto che l'attore ha in forza della sua domanda. Se la domanda non è proposta regolarmente, questi non può, se non dichiarare che nell'attuale stato di cose, essa non è ammissibile, riserbandogli solo il diritto di riproporla nuovamente (170). Si aggiunga che siccome oggigiorno le parti debbono farsi rappresentare, il procuratore non può fare cosa alcuna, senza mandato: se l'attore rappresentato voglia mutare proposito, fa mestieri che intervenga nuovo mandato, che si facciano nuovi atti, e che la cosa si disputi in altro giudizio, condannato l'attore soccombente nel primo alla rifazione delle spese.

§. Sunt praeterea, 36.

SOMMARIO

Uso di questo paragrafo

La sesta divisione delle azioni comprende quelle, con le quali il creditore talvolta consegue l'intero, e talvolta meno. Tale è l'azione, con cui il padrone rimane obbligato pel contratto del servo, mentre in essa la condanna non può aver luogo, se non in quanto v'è nel peculio del medesimo. Tolta la servitù, quest'azione, quanto a' servi e padroni, non è di utile alcuno (171).

(167) L. fidejussor, 32. de neg. gest. l. locum indebitum, 57. §. 1. de cond. ind. Vinnio, hic. n. 2. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 4. tit. 39. §. 1676.

(168) Hic. et l. 3. Cod. de edend.

(169) Gail. obs. pract. lib. 1. obs, 44. n. 4. Merull. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 1. cap. 5. et 6. Cristin. vol. 2. Decis. 88. n. 11. Moto-Proprio di Gregorio XVI. art. 549. Ruota, Decis. 462. n. 8. Olivatio, nella Bononiens. cumuli, 20. Giugno 1831 §. 3. De Cursiis; e nella Thipernaten. stipulationis istrumenti, 18. Aprile, 1843. Muzzarelli, §. 6.

(170) Moto-Proprio di Gregorio XVI. art. 604.

(171) Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. III. lib. I. e nel tit. XXIX. n, 3. lib. III. Istit.

§. Item si de dote, 37.

SOMMARIO

Osservazioni sul beneficio di competenza attribuito al conjuge.

Secondo il diritto romano, il marito chiamato in giudizio dalla moglie per la restituzione della dote o per altra causa; e parimenti la moglie, chiamata in giudizio dal marito, per ciò, di cui ella fosse debitrice, non erano obbligati col rigore degli altri debitori al pagamento dell'intero; ma per una certa equità godevano il beneficio di competenza, pel quale pagavano quanto portavano le forze loro, senza ridursi alla mendicità. Sicoome nel diritto romano era permesso il divorzio, così frequenti erano i casi, ne' quali poteva aver luogo il suddetto beneficio. Oggigiorno il divorzio è abolito, e la moglie non agisce contro il marito, o il marito contro la moglie, se non per la separazione del toro e de' beni o de' beni solamente. Tanto nell'uno che nell'altro caso, questo beneficio non ha luogo, o, se ha luogo, è di un uso assai raro. È però cosa diversa, se il coniuge sia convenuto dagli eredi della moglie o da altri, cui spetti il diritto di ripetere la dote.

§. Sed et si quis, 38.

SOMMARIO

I. *Antinomia fra due responsi di Ulpiano.*
II. *Se il beneficio di competenza abbia luogo anche nelle società particolari.*

I. La società viene riguardata come un'unione di fratelli, e però le romane leggi, accordando al socio il beneficio di competenza, vollero ch' egli non fosse verso il consocio tenuto, se non in quanto le sue forze comportassero. Siccome la società è di più sorta, cioè universale, generale e particolare, così gl' interpreti revocarono in dubbio, se detto beneficio si dovesse concede in ciascheduna indistintamente. Riguardo alle due prime la quistione è da tutti risoluta nel senso affermativo. Quanto all'ultima, si divisero in due partiti: alcuni, basando sull' autorità di Ulpiano, tennero l' affermativa; altri, basando sulla autorità del medesimo, tennero la negativa. Le parole del Giurecon-

sulto non potrebbero essere più chiare per sostenere ambidue le quistioni. *Verum est*, egli dice, *quod Sabino videtur, etiam si non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id, quod facere possunt.... condemnari oportere* (172). E altrove; *sunt qui in id, quod facere possunt conveniuntur: socium autem omnium bonorum accipiendum est* (173). Sia pur vero, come fra tanti scritti sostennero i commentatori di queste leggi, che Ulpiano, aderendo a Sabino, abbia poscia cambiato parere; sia pure vero che le ultime parole della contraria legge sieno opera di qualche rozzo od imperito interprete; è però sempre vero che fra' due sopraddetti testi v' ha una aperta antinomia.

II. Io, per me, sono di avviso che, siccome il suddetto beneficio si suole concedere solo per questo, che la società rappresenta una certa qual specie di fratellanza, così debba aver luogo solo in quelle società, nelle quali questa fratellanza può avere un' immagine. Nelle società universali, dove tutto è comune, dove non v' ha distinzione di mio e di tuo, di debito e credito, v' ha una vera immagine di fratellanza, mentre i soci entrano in comunione di tutti i beni, tanto presenti che futuri, senza distinguere la causa o il titolo, pel quale sono pervenuti. Può dirsi lo stesso della società generale, nella quale i soci pongono in comune tutto quello che proviene dalla loro industria, benchè resti dalla medesima escluso tutto quello ch' essi acquistano per liberalità di un terzo o per qualche fortunato evento. In entrambi i casi la comunione della vita, di tutti i beni, di tutta l' industria, di tutte le speranze, di tutti i pericoli, di tutti i danni, di tutti i lucri, concorre a formare un' intima unione di pareri, di animi, di confidenza e di amicizia, la quale, per una certa ben fondata similitudine, può esigere da un socio indulgenza verso il consocio. Ma nelle società particolari non v' ha comunione di sorta alcuna: tolto l' unico interesse, pel quale essa fu contratta, nel resto i soci sono fra loro totalmente estranei, nè v' ha alcuna plausibile ragione, che ci stringa ad accordare simile beneficio sull' appoggio di una fratellanza che non esiste. Parmi adunque che non malamente Ulpiano discordasse da Sabino, e che egregiamente l' imperito e rozzo interprete, cui si attribuiscono le parole del mentovato giureconsulto, v' abbia posto simile limitazione. Quasi tutti i forensi attestano esser questa l' opinione che prevale in pratica (174).

(172) L. 63. princ. ff. pro socio.

(173) L. 16. ff. de re jud.

(174) Gotofred. nella d. l. 16. ff. de re jud. Brunemman. nella d. l. 63. ff. pro soc. Vinnio, hic. in fin. Zanchio, de societ. part. 3. cap. 9. n. 96. et segg. Voet, comm. ad Pand. lib. 17. tit. 2. n. 20. in fin. Card. de Luc. de credit. disc. 161. n. 7.

TITOLO VII.

DE' NEGOZI FATTI CON QUELLO CHE SI DICE SOTTO L' ALTRUI POTESTÀ

§. Quid tamen,

SOMMARIO

Osservazione sul presente paragrafo.

Giustiniano, per essere più conciso, nell' introduzione di questo titolo fece proposito di parlare semplicemente de' servi, senza fare menzione dei figli di famiglia; imperciocchè, vigendo per gli uni e per gli altri quasi le medesime disposizioni, si potessero agevolmente applicare a' secondi quelle ch' egli stabiliva riguardo a' primi. Abolita la servitù (175), la ragione di tale pretermissione non è adattata agli odierni costumi, e le teorie di questo titolo, riguardo a' servi, sono di nessun conto.

§. Eadem ratione, 1.

SOMMARIO

I. *De' collegi de' commercianti presso i Romani. De' preponenti ed istitori.*

II. *Traffico marittimo. Degli esercitori.*

III. *Diritto civile e pretorio.*

IV. *Origine delle azioni istitorie ed esercitorie.*

V. *Differenza fra l' esercitore e il preponente. Nuovi principii di legislazione commerciale. Giusisprudenza moderna.*

I. Romolo, il quale, per vedute politiche, volea cittadini guerrieri, proibì il commercio, permettendolo solamente a' schiavi (176). Crescendo in processo di tempo il numero de' cittadini, il lusso e la necessità delle cose, fu stimato opportuno di mitigare gli antichi principii, e il commercio non fu totalmente negligentato. Nell' anno di Roma CCLIX, sotto il consolato di Claudio Servilio, venne istituito

(175) Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. III. lib. I. Istit.

(176) DIONIS. HALYCARNASS. lib. 2. pag. 68.

un collegio di commercianti, detto mercuriale; poco prima o poco dopo ne fu istituito un altro chiamato capitolino (177). Questi commercianti, secondo la differenza de' luoghi, ne' quali trafficavano, chiamavansi mercanti o negozianti. I primi avevano domicilio, famiglia e fortune in Roma, nè si recavano alle provincie che per qualche traffico particolare e pochi mesi dell' anno; gli altri avevano domicilio, famiglia e fortune in provincia, nè si recavano a Roma che per l' estimo de' beni (178). Ma, non ostante questo avanzamento di commercio, in una città tutta dedita alla guerra, non si poteva togliere dalle menti de' cittadini l' opinione radicata da tanto tempo che i mercanti o negozianti fossero persone abbiette (179). E però que' cittadini che si volevano dedicare al traffico, si astenevano per lo più di esercitarlo essi medesimi, preponendo alle officine o negozi uno schiavo, un liberto, ovvero anche persona libera, tenuta a mercede.

II. Fecero i Romani lo stesso, allorchè cominciarono a commettersi in mare. Furono istituiti collegi, corpi e società di negozianti, i quali di comune consenso e provvisione cercavano il traffico per l' acque, preponendo a tale oggetto un servo o liberto, il quale vi presiedesse, e avesse sopra sè stesso la cura di tutto il carico e della nave (180).

III. Mentre i cittadini, schivando di farsi vedere essi stessi commercianti, voleano non scapitare nella pubblica opinione, trovavano un intralcio ne' principii del loro diritto civile, il quale disponeva che niuno potesse rimanere obbligato dal fatto o contratto altrui. Rimaneva in tal modo il commercio inviluppato, mentre pochi, per non dir niuno, avrebbe creditato o fatto negozi con un servo, con un liberto o con altra persona che di per sè stessa non offeriva al creditore una sicurezza del suo. Seguendo l' equità e le circostanze del tempo, come al solito, venne in soccorso il Pretore, il quale pel fatto del preposto alla nave o alla taverna, concesse l' azione contro il proprietario.

IV. Indi ebbero origine le azioni istitorie ed esercitorie. Le prime prendono nome dal preposto, e si concedono a cui abbia con il medesimo contrattato contro il preponente o committente; e se più siano i preponenti o committenti, contro di essi solidalmente, purchè i contratti abbiano per oggetto il negozio, a cui il servo venne pre-

(177) Livio, lib. 2. 27. Sigon. de antiq. jur. civ. Rom. lib. 2. cap. 10.
(178) Sigon. ubi supra, Einecc. antiq. Rom. Inst. hic.
(179) Cicer. de offic. 1. 42.
(180) L. 1. §. 1. ff. naut. caup. stab. l. 1. §. 1. de exerc. act. l. 2. princ. et §. 2. et §. pen. ad leg. Rhod.

posto. Le seconde prendono nome dal preponente, e, come le prime, si concedono a chiunque abbia contrattato col maestro della nave, contro l' esercitore, o contro più esercitori per l' intiero.

V. La posizione, in cui si trova un capitano o maestro della nave, è molto più libera di quella, in cui si trova un semplice fattore o istitore. Il primo viaggia, traversa i mari, e spesso si trova in occasione di far contratti in luoghi assai lontani e diversi dalle residenze degli esercitori: il secondo, per l' ordinario, dimora sempre in un luogo, è per lo più sotto gli occhi de' committenti, e la specie del suo traffico è meno complicata e pericolosa. La condizione dell' esercitore è senza dubbio più dura che quella del committente. Le leggi che mirano a favorire il commercio, dovevano avere sott' occhio questa considerazione, e rendere l' esercitore meno responsabile del preponente. Osserva il Grozio (181) che le disposizioni del diritto romano, riguardo al primo sono contrarie all' equità, non che all' utile pubblico; all' equità, perchè sembra cosa equa abbastanza che ciascuno degli esercitori sia tenuto soltanto per la propria porzione; all' utile pubblico, poichè, ammesso che ciascuno debba essere tenuto solidalmente, si rende difficile trovare chi voglia rischiarsi a questa sorta di traffico sul timore di essere tenuto all' infinito pel fatto del capitano. Le nazioni più dedite al commercio conobbero la necessità di deviare su questo punto da' principii del diritto romano, e stabilirono che gli esercitori potessero liberarsi dall' azione solidaria, facendo l' abbandono di tutto quello che posto avessero in società (182). Questa sorta di giurisprudenza, la quale dalla tavola Amalfitana, dal ruolo di Olerone, dalle leggi di Visbuy e dall' ansa Teutonica per opera de' Francesi nel 1673, fece passaggio nell' ordinanza di commercio, e nel 1681 in quella di marina, fu nuovamente sanzionata dall' ultimo Codice commerciale di Francia, donde fu modellato l' attuale nostro Codice provvisorio, non che la maggior parte de' vigenti Codici italiani e stranieri. Secondo l' odierne leggi, chiunque abbia contrattato col capitano della nave ha l' azione esercitoria contro il capitano la nave e il nolo (183). È adunque chiaro che gli armatori o esercitori non sono oggi-

(181) De jur. bell. lib. 2. cap. 11. n. 13. et introd. lib. 3. part. 1. n. 39.

(182) Corren. obs. 40. Gail. lib. 2. obs. 24. n. 9. Cristin. vol. 1. Decis. 165. n. 11. Vinnio, hic. Ant. Matt. de action. lib. 1. cap. 5. n. 8. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 4. tit. 13. §. 387. Voet. comm. ad Pand. hoc. tit. n. 1. in fin. Pothier, traitè des obligations, part. 2. ch. 6. sect. 8. art. 2. §. 3. n. 452. in fin.

(183) Cod. di comm. provv. art. 300.

giorno tenuti che sino alla concorrenza della nave e del nolo; e facendo l' abbandono dell' una e dell' altro, rimangono sciolti da qualunque obbligazione per questo titolo (184).

§. Introduxit, 3.

SOMMARIO

Dell' azione tributoria.

Se un servo con le merci del peculio, a saputa del suo padrone, abbia fatto un commercio e contratto delle obbligazioni, il pretore concede a' creditori contro il padrone l' azione tributoria, acciocchè egli debba partire tra essi ciò che da quelle merci o da quel commercio è al servo pervenuto. Nel qual caso se il padrone è creditore del servo, può anch' egli venire in contributo. Sebbene quest' azione possa talvolta applicarsi al figlio di famiglia; nulladimeno per le ragioni altrove allegate (185), credo ch' ella sia di poco o niun uso; nelle rimanenti legislazioni Italiane e straniere è totalmente sconosciuta.

(184) Delvincourt, Not. de la pag. 171. n. 2.
(185) Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. IX. lib. I. Istit.

TITOLO VIII.

DELLE AZIONI NOSSALI

SOMMARIO

Inutilità del presente titolo.

I servi obbligavano i propri padroni tanto col fatto lecito, cioè con le obbligazioni, quanto col fatto illecito, cioè con i delitti. Nel primo caso, come altrove osservammo, aveva luogo l' azione di peculio; nel secondo le azioni nossali, di cui si tratta nel presente titolo. Le suddette azioni competevano solo ne' delitti o quasi delitti privati, commessi dal servo, contro il padrone, acciocchè risarcisse il danno dal medesimo cagionato. Il padrone poteva liberarsi dall' azione, facendo l' abbandono del servo. Siccome nell' obbligazione non era che la sola riparazione del danno, così tale abbandono era totalmente rimesso nel suo arbitrio, nè poteva esservi astretto.

Coerentemente alla severa patria potestà de' Romani, secondo l' antico diritto era in arbitrio de' genitori il fare ne' sopraddetti casi l' abbandono anche de' propri figli. Il che stimandosi da Giustiniano poco decente, venne abolito (186). Tolta l' applicazione de' principii contenuti in questo titolo a' figli di famiglia, esso rimane totalmente inutile, non potendo trovare applicazione neppure nel danno dato dagli animali, mentre del medesimo viene disposto nel titolo seguente.

(186) §. ult. hoc tit.

TITOLO IX.

DEL DANNO FATTO DAGLI ANIMALI.

SOMMARIO

Cenno sul presente titolo.

Certo è che gli esseri privi di ragione non possono commettere delitti nè quasi delitti, quantunque per avventura possano anch' essi recare un danno. Il danno recato da' medesimi venne dagli antichi distinto col nome di *pauperie*; e con esso vollero significare un danno commesso senza torto dell' oggetto che l' ha cagionato. I moderni scrittori di diritto, ricusando le scrupulose distinzioni degli antichi, confondono questo titolo con quello della legge Aquilia. Presso noi, come presso tutte le moderne legislazioni italiane e straniere, trovasi ne' moderni Codici sotto il titolo di danno dato, e siccome le vigenti disposizioni sul medesimo sono quasi in tutto diverse da quelle de' romani, così non dubito che questo titolo sia la sua parte superfluo.

§. Animalium,

SOMMARIO

I. *Dell' azione di* pauperie, *e de* pastu pecoris.

II. *Se negli odierni costumi il padrone, facendo l' abbandono dell' animale, possa liberarsi dalle suddette azioni.*

III. *Giurisprudenza moderna contraria a' principii del diritto romano.*

I. Qualora un animale contro la propria natura avesse recato danno, competeva contro il padrone l' azione di pauperie, dalla quale egli poteva liberarsi, facendone l' abbandono. Per danno dato contro natura s' intende quel danno dato contro il naturale dell' animale, suppongasi; se un cavallo o un bue abbia morsicato, mentre essendo questi animali naturalmente mansueti, non è loro istinto il mordere. Se il danno fosse stato recato secondo natura, suppongasi, se l' animale fosse andato a pascolare nelle altrui proprietà, non competeva contro il padrone l' azione di *pauperie*; ma quella di *pastu pecoris*. Credo però che la maggior differenza fra queste due azioni consista nel no-

me; mentre tanto l'una che l' altra erano nossali, e da entrambe poteva il padrone liberarsi, facendo l' abbandono dell' animale.

II. Ritengo che negli odierni costumi il padrone, qualora sia noto, cedendo l' animale che ha recato danno, non vaglia a liberarsi dall' azione: in fatti l' attuale nostro regolamento legislativo e giudiziario dispone che il danno, tanto in genere che in specie, si debba verificare per mezzo di perito, sulla relazione del quale il giudice dee pronunciare la sua sentenza definitiva (187). Il danno, la pena e le spese potrebbero talvolta superare il valore dell' animale, e in tal caso l' abbandono del medesimo non sarebbe bastante a soddisfare quelle obbligazioni e quella responsabilità che la legge ingiunge al proprietario.

III. Fino da qualche secolo scorso s' introdusse ne' particolari costumi di quasi tutte le nazioni, contro l' espressa sanzione delle leggi romane (188), l' uso che il padrone del fondo potesse arrestare e tenere in deposito gli animali côlti nella sua proprietà, finchè il danno fosse risarcito (189). Conformandosi a quest' antica giurisprudenza, le odierne nostre leggi accordano simile autorità tanto al proprietario e al conduttore del fondo, quanto al guardiano campestre legalmente autorizzato. L' arresto però dee seguire prima che le bestie sieno uscite del fondo (190), e così arrestate debbonsi tradurre alla pubblica depositeria. Qualora il proprietario voglia ricuperare le sue bestie, dee prestare una cauzione, la quale guarentisca il pagamento del danno, della pena e delle spese. In diffetto di tale cauzione, il giudice può ordinare il rilascio di quel numero di bestie che ecceda manifestamente il valore approssimativo del danno, della pena e delle spese (191).

(187) Mot. Prop. di Gregorio XVI. art. 525. 526.
(188) L. Quintus, §. 1. ff. ad l. Aquil.
(189) Grozio, Introd. lib. 3. cap. 38. Vinnio, hic. n. 1. Card. de Luc. de Jurisd. disc. 66.
(190) Mot. Prop. di Pio VII. art. 144. Mot. Prop. di Gregorio XVI. art. 521.
(191) Mot. Prop. di Pio VII. art. 147. Mot. Prop. di Gregorio XVI. art. 523.

§. Caeterum, 1.

SOMMARIO

Le pene contenute in questo paragrafo oggigiorno non sono più in uso.

L' editto degli Edili proibiva si tenessero cani, orsi, cinghiali, leoni ed altri animali di tal genere ne' luoghi di pubblico passaggio. Se per la trasgressione dell' editto, fosse avvenuto qualche danno, il padrone dell' animale era tenuto nel duplo; se avesse cagionato la morte di persona libera, la pena era di duecento solidi: se non ne fosse intervenuta la morte, ma solo qualche pregiudizio, la pena era rimessa nell' arbitrio del giudice. Queste sorta di pene non vengono oggigiorno osservate, dipendendo esse dai particolari editti e regolamenti di ciascun luogo.

TITOLO X.

DELLE PERSONE PER MEZZO DELLE QUALI POSSIAMO AGIRE

§. Nunc admonendi.

SOMMARIO

I. *Origine degli Avvocati.*
II. *Principii del diritto romano.*
III. *Origine dei Procuratori.*
IV. *Costumi de' secoli barbari.*
V. *Risorgimento de' studi.*
VI. *Origine delle università.*
VII. *Legislazione odierna.*

I. Gli espositori delle romane antichità ci fanno apprendere che Romolo, introducendo nel suo regno il giuspatronato, volle che i patrizi medesimi assumessero la difesa de' loro clienti. Caduto in disuso questo costume, s' introdusse poco per volta un altro genere di patroni, officio de' quali era dedicarsi alle controversie forensi e prestare l' opera loro ai litiganti (192). Di quest' opera forense precipuo studio facevano i giovani più nobili di Roma, mentre per esso erano in molto pregio ritenuti, e sommo onore ne ritraevano. Indi si dee ripetere l' origine degli avvocati, i quali agli affari giudiziali presiedevano e per le parti contendenti peroravano.

II. Ma sebbene fosse concesso il patrocinio degli avvocati, non era in que' tempi ugualmente concesso che le parti litiganti potessero non comparire in giudizio. I principii del diritto civile disponevano che niuno potesse acquistare per mezzo di persona estranea (193), ed è cosa certa che si acquista anche per mezzo della sentenza dei giudici. I piatitori doveano rappresentarsi di per sè stessi; l' uso dei procuratori non era ammesso; le rigorose formole degli antichi con questi principii concordavano; imperciocchè essendo esse concepite in modo che ciascuno dovesse chiedere quello ch' era suo o quello che gli era

(192) Ritterhusius ad l. XII. Tabul. p. 82.

(193) §. 5. Inst. per quas personas adq. l. 126. §. 2. de verb. obl. l. 73. §. ult. ff. de reg. jur.

dovuto (194), non era nel diritto civile azione alcuna, per la quale si potesse chiedere quello che si doveva od era di pertinenza altrui (195). Tutto ciò rendeva indispensabile la presenza de' litiganti medesimi, e niuno poteva imprendere liti a nome di un altro.

III. Queste massime non potevano a meno di riuscire gravissime a quelli che di tante sottigliezze non erano capaci. Spesso l' assenza, l' età o la malattia impedivano alle parti di comparire in giudizio personalmente. Il non potere agire per mezzo altrui, intralciando gli affari, non lievi danni recava. Siccome gli antichi avevano alle sopraddette regole dato qualche eccezione in certi casi particolari, così poco per volta, vi recedettero universalmente, dando a chiunque facoltà di agire anche per mezzo di procuratore. Ma per coonestare la nuova disposizione con gl' inveterati principii del loro diritto civile, finsero che il procuratore, contestando la lite, acquistasse il dominio della medesima, e quasi contraesse con l' avversario (196).

IV. Fintantocchè Roma si mantenne nella sua grandezza, e che le principali cure dell' interno erano le leggi e gli affari giudiziali, di forensi non era penuria; ma l' officio dei medesimi riputavasi come privato e si poteva imprendere da chiunque n' avesse avuto perizia o desiderio (197). Sopraggiunti i popoli Aquilonari, e specialmente i Longobardi, l' Italia divenne il teatro della guerra. In mezzo alle continue rivoluzioni e turbolenze la scienza delle leggi fu posta dall' un de' lati. Lo studio più pregiato divenne quello dell' armi; il mezzo di acquistare fama, opulenza ed onori, consisteva nell' industria militare. Le leggi del Borgognone Gundebaldo, le quali approvavano il modo di farsi ragione a mano armata, in molte parti dell' Europa avevano già fatto gran copia di proseliti. Sotto il dominio degl' Imperatori Tedeschi lo zelo de' Vescovi non potè impedire che siffatto costume trovasse asilo anche in Italia. Ottone II., dietro le replicate istanze de' principali signori italiani, pubblicò una legge, con la quale permise che qualora insorgesse controversia sopra qualche affare, si potesse decidere con la pugna giudiziaria. Siffatta licenza venne in appresso confermata dal I. e dal II. Arrigo. L' uso de' duelli degenerò in abuso. L' ignoranza del secolo s' impossessò anche di parecchi

(194) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 14. e nel §. 15. tit. VI. di questo libro.

(195) Noodt, comm. ad Pand. lib. 3. cap. 3. pag. 126.

(196) Heinecc. Antiq. Rom. Inst. hoc. tit.

(197) L. 1. Cod. de procur.

del clero. Molti Ecclesiastici impetrarono il privilegio di poter definire le liti col duello, al pari di qualsivoglia sentenza legale. I Vescovi, gli Abbati e i Monisteri avevano i propri avvocati secolari, i quali, oltre gli altri impieghi, esercitavano anche quello di venire essi stessi armati in campo, per difendere le ragioni de' loro clienti (198). La robustezza di forze fisiche teneva luogo di logica; agli argomenti legali era surrogata la destrezza de' combattenti; lo scudo, la spada e la lancia facevano da procuratori; e l'esito della pugna rappresentava le veci di una sentenza definitiva.

V. Il ritrovamento della compilazione di Giustiniano sparse un raggio di luce fra le tenebre dell' ignoranza. Venne in Bologna aperta una scuola di diritto, la quale ratto si diffuse per tutta Italia. Il fanatismo che s' impossessò de' popoli alla vista dell' antica sapienza, fece loro nascere il desiderio di studiare a' mezzi, per dare a' giudizi una forma legale. Sarebbe stato un vero beneficio se i primi interpreti avessero scelto fra quella vasta legislazione solamente quello che più era adattato a' costumi del tempo; ma per fatalità uscivano anch' essi allora dallo stato di barbarie, nè forse potevano a meno di reputare più conforme alla nascente coltura del secolo il decidere una spenta quistione di diritto con interpretazioni stiracchiate, anzi che il decidere le liti con la spada in mano. Furono stabiliti i giudizi legali. Federico II., surrogando alle guerre private il freno delle leggi, abolì il duello. Nel secolo susseguente all' invenzione delle Pandette, Graziano, monaco Benedettino, introdusse nelle scuole il giuscanonico. Una scienza, la quale non mirava che a dar forma a' giudizi, a conservare il dogma e la disciplina della Chiesa, dovea necessariamente innestare negli animi la mansuetudine e la concordia. I Sacri Canoni il duello anch' essi abolirono. Cessate in gran parte le rivoluzioni civili e disponendosi Italia, dopo il trattato di Costanza, al riposo, i popoli avidamente abbracciarono quell' aurora di cognizioni che spuntava in mezzo alla pace. Le precedenti discordie avevano totalmente sepolto le arti, le scienze e il commercio. L' unico studio che allora si conosceva, e che avea di molte scuole, era quello delle leggi. Siccome per esso si apriva la strada agli onori e all' opulenza, dovunque la gioventù a gran calca vi traea; la nobiltà che prima si comunicava con la spada, si volle comunicata con la toga; i dottori e i magistrati furono uguagliati a' guerrieri: le onorificenze e i privilegi di questi vennero estesi anche a

(198) Murat. Antiq. Ital. Disc. 63.

quelli; lo specioso titolo di milite e messere onorava entrambi; surse la togata milizia.... Una tempesta di Dottori si sgranellò per tutta Europa (199).

VI. Il diritto di creare i maestrati e i nobili era di pertinenza regia; non poteva adunque non essere di pertinenza regia quello di creare i Dottori, dacchè il dottorato attribuiva anch' esso la nobiltà. I principi, secondo che favorivano o all' una o all' altra città, ne solevano ad esse concedere la licenza. Fu dato il gius dello studio, ossia quello di conferire la laurea dottorale e gli altri gradi. Federico II. l' accordò a' Bolognesi; nel MCCXXII. toltolo per motivi di disgusto a' Bolognesi, il trasmise a' Padovani; nel MCCXXIV. venne dal medesimo accordato a' Napolitani; Papa Innocenzo IV. nel MCCXLIII. il concesse a' Piacentini, e così di mano in mano l' ebbero i Romani, i Pavesi, i Sanesi, i Perugini, i Torinesi, e altri popoli Italiani (200). Dopo quest' epoca la scienza legale divenne una facoltà (201) e chiunque avesse aspirato alla carriera delle leggi, dovea nelle università riportare i gradi Accademici. Quegli che non avesse fatto un corso analogo di studi, nè riportati tutti o alcuni de' suddetti gradi non era ammesso alle cariche giudiziarie, nè poteva assumere la difesa delle altrui cause. Tutto ciò conveniva allo stato della legislazione; imperciocchè tra ch' ella per sè stessa era abbastanza complicata e diffusa, tra la differenza del gius canonico e civile, tra le varie opinioni degl' Interpreti, tra le massime abbracciate da' tribunali, tra la moltitudine de' statuti, tra la riforma de' costumi, tra l' invenzione delle cose nuove, tra il mistero d' una lingua spenta, e tra le sottigliezze che andavano a dominare nel foro, pochi, per non dir niuno, sarebbersi trovati al caso di giu-

(199) Osserva il De Luca che lo sterminio de' Dottori che piovve in Italia fu quello che pose in decadenza la nobiltà e i privilegi concessi a quest' ordine. Imperciocchè, *frequenter*, com' egli dice, *verificatur ut sint doctorati et non Doctores*. De praemin. disc. 35. n. 14. Tanto fra giuristi che fra gli eruditi, non è lieve contesa per decidere se il titolo di nobile convenga anche a' procuratori. L' opinione più comune è per l' affermativa, qualora però abbiano riportato la laurea dottorale in qualche approvata università. Marant. cons. 25. Paschal. de patr. pot. part. 2. cap. 5. n. 69. Muscatell. de praestant. doctorat. Prat. Resp. crim. 21. 22. Card. de Luc. ubi supra, n. 8.

(200) Murat. Antiq. Ital. diss. 44. Per concessione di Giulio III. e di Sisto V. la facoltà di dare la laurea dottorale venne concessa al collegio degli Avvocati Concistoriali. Urbano VIII. la concesse eziandio al collegio de' protonotari, purchè non ne creassero più di quattro l' anno. Simile privilegio venne pure concesso ad altri corpi e persone, ed anche ad alcuni tra' Principi e Feudatari.

(201) Poco appresso vi divennero anche le altre.

dicare, perorare o difendere senza maturità di studio. In così fatta maniera l' officio di difensore e procuratore, da privato ch' egli era, divenne pubblico: si cambiarono principii, e mentre, secondo l' antico diritto, niuno potea farsi rappresentare da altrui, venne per legge che niuno, salvo le cause di piccola entità, potesse agire in giudizio, se non per mezzo di procuratore approvato (202).

VII. Coerentemente ai suddetti principii presso noi niuno può agire in giudizio, se non col ministero di un procuratore approvato. Sono da questa regola eccettuati i giudizi innanzi ai Governatori, e innanzi ai Tribunali di commercio, ove chiunque può rappresentarsi da sè stesso (203). Nulladimeno nelle cause innanzi gli Assessori, e altri giusdicenti di Roma, le parti debbono sempre essere rappresentate dai procuratori (204). In parecchi luoghi, come nel regno delle Due Sicilie, ed altri, v' ha per massima che non si litiga per mezzo di procuratori nè dall' attore, nè dal reo.

(202) Merull. prax civ. lib. 4. tit. 36. c. 1. n. 5. Gudelin. de jur. noviss. l. 4. c. 4. in fin. Voet, comm. ad Pand. tit. de procur. n. 1. Cristin. vol. 2. decis. 167. Gail. lib. 1. obs. 43.

(203) Moto-Proprio di Pio VII. art. 48. Moto-Proprio di Gregorio XVI. art. 400.

(204) Editto del 17. Decembre, 1834. art. 346.

TITOLO XI.

DELLE SATISDAZIONI

SOMMARIO

Cenno sul presente titolo.

Prescrivevano le antiche leggi romane che niuno potesse agire per mezzo altrui; ma concesso con l' andare del tempo che si potesse agire anche per mezzo di procuratore, ed essendo l' officio del procuratore totalmente privato, furono introdotte alcune cauzioni, acciocchè i giudizi non si rendessero illusori. Ma dopo che, per le ragioni da noi allegate nel titolo precedente, l' ufficio di procuratore da privato divenne pubblico, e sino da quel tempo fu ricevuto in foro che niuno potesse agire, se non per mezzo di tal persona; la necessità e la maniera di prestare quelle cauzioni, di cui si tratta nel presente titolo, parte cadde in disuso e parte si rese totalmente diversa da quella degli antichi.

§. Satisdationum.

§. Si vero, 1.

§. Sed hodie, 2.

SOMMARIO

I. *Differenza fra' giudizi personali e reali sul modo di prestare le cauzioni. Diritto romano.*
II. *Costituzione di Giustiniano.*
III. *Costumi odierni.*

I. Secondo l' antico diritto romano il reo convenuto con l' azione reale dovea prestare la cauzione di sottostare al giudicato. Il procuratore o difensore del reo, oltre la suddetta cauzione, dovea prestare anche quella di ratificazione, qualora si fosse posta in dubbio la validità del suo mandato. Per parte dell' attore non v' era l' obbligo di cauzione alcuna: ma s' egli veniva rappresentato per mezzo di procuratore, que-

sti, al pari di quello del reo, dovea prestare la cauzione di ratificazione (205).

Se il reo era convenuto con l' azione personale non avea punto obbligo di dare la cauzione di sottostare al giudicato; ma il procuratore di lui, oltre quella di ratificazione, qualora si fosse dubitato del suo mandato, dovea prestare anche la suddetta. Per parte dell' attore il giudizio personale non differiva dal giudizio reale (206).

II. La cauzione di sottostare al giudicato dava licenza all' attore di poter agire contro il reo o contro i suoi mallevadori, qualora, dopo la sentenza, non avesse restituito la cosa controversa, nè la stima della lite. Giustiniano, derogando in parte agli antichi principii, senza distinguere l' azione reale dalla personale, volle che il reo convenuto non fosse obbligato a dar cauzione di sottostare al giudicato, ma bensì quella di stare in giudizio sino al termine della lite (207).

III. Secondo la testimonianza di tutti i forensi la cauzione di stare in giudizio fu abolita dall' uso del foro di quasi tutte le nazioni (208). In luogo della medesima fu surrogata l' elezione del domicilio, la quale suol farsi eseguire dal litigante straniero, acciocchè ivi si possa ritrovare e citare ogni qual volta ne faccia bisogno (209).

§. Sin autem, 3.

SOMMARIO

Negli odierni costumi i procuratori alle liti non sono ammessi senza mandato.

Il procuratore che domanda d' intervenire al giudizio per rappresentare l' attore, non ha mestieri di dare alcuna cauzione, qualora egli

(205) Hic. in princ.
(206) Hic. d. §. 1.
(207) Hic. d. §. 2.
(208) Merull. prax. civ. l. 4. tit. 41. c. 1. n. 1. Rebuff. ad Cons. reg. in proem. gloss. 5. n. 37. Zypae, not. jur. de satisd. Voet, comm. ad. Pand. hoc. tit. n. 6. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 4. tit. 16. §. 449. Card. de Luc. de jud. disc. 13. n. 1. Buratt. et Adden. Decis. 398. n. 5. Coccin. Decis. 504. n. 3. Ruota Decis. 326. n. 4. p. 2. rec.
(209) Oltre gli Autori sopra citati, veggasi il Cristin. vol. 2. Decis. 145. n. 13. il Dammoud. prax. civ. c. 99. n. 5. e il Moto-Proprio di Gregorio XVI. art. 484. Possono parimenti vedersi gli articoli, 427. 446. 472.

abbia mandato, o l' attore sia presente. In caso diverso può essere ammesso ad assumere l' altrui lite, purchè offra la cauzione di ratifica.

Secondo gli odierni nostri costumi e quelli di quasi tutti i popoli, i procuratori non sono ammessi a rappresentare la parte litigante, qualora non producano il mandato di procura *ad litem*, ovvero scritti privati originali che contengano l' obbligazione, e servano di fondamento alla dimanda (210). Mancando il mandato, o ciò che equivale al medesimo, il procuratore non può essere ammesso, quantunque sia pronto a prestare la cauzione di ratifica, essendo sempre in facoltà della parte avversaria, d' impugnare il mandato presunto, e chiedere la produzione dell' espresso (211). L' ommissione di tal procedura induce difetto sostanziale, il quale cagiona la nullità dell' atto. Nulladimeno questo principio non è osservato a rigore. Qualunque atto positivo, anteriore alla querela di nullità, dal quale possa risultare la ratifica a termini di diritto comune, basta a emendare questo difetto (212).

§. Si vero aliquis, 4.

SOMMARIO

Uso odierno della cauzione di sottostare al giudicato.

La legge di Giustiniano prescrive che se il reo convenuto è presente, in giudizio o fuor di giudizio debba dare due cauzioni: una pel suo procuratore, cioè di sottostare al giudicato; l' altra per sè, cioè di comparire in giudizio personalmente nel tempo che verrà letta la sentenza. Nel primo caso può entrare mallevadore egli stesso; nel secondo è necessaria la garanzia di un altro.

Negli odierni nostri costumi e quelli di quasi tutte le nazioni, la prima di queste due cauzioni è poco in uso, la seconda è fuor d' uso (213). Conforme le odierne leggi, la cauzione di sottostare al giudicato, la quale in pratica si distingue col nome di assicurazione del giudizio, non ha luogo, se non quando si tratta di litigante attore

(210) Moto-Proprio di Gregorio XVI. art. 401.
(211) D. Moto-Proprio art. 405.
(212) D. Moto-Proprio art. 787.
(213) Vinnio, hoc. tit. in fin. Mornac. nella l. 35. §. ult. ff. de procur. Robert. rer. judic, l. 4. c. 11. Veggansi gli autori citati nel §. 2. n. 3. di questo titolo.

straniero, o di un debitore sospetto di fuga (214). Quanto alla seconda cauzione, poco rileva nell' odierno sistema di procedura, se la sentenza sia proferita, assenti o presenti le parti. Basta soltanto che la copia autentica della sentenza in forma esecutiva sia notificata per intiero ai procuratori ed alle parti (215).

(214) Moto-Proprio di Gregorio XVI. art. 796. 918. e segg. Cod. delle D. S. art. 17. Cod. Albert. art. 33. Cod. di proced. civ. Tosc. art. 216.
(215) Moto-Proprio di Gregorio XVI. art. 611.

TITOLO XII.

DELLE AZIONI PERPETUE E TEMPORALI E QUALI PASSINO NEGLI EREDI E CONTRO GLI EREDI.

§. Hoc loco admonendi,

SOMMARIO

Osservazioni sul presente paragrafo.

Le azioni, quanto alla durata, sono di due specie: altre perpetue, altre temporali. Sono perpetue quelle che derivano dalle leggi, da' Senatoconsulti o dalle costituzioni de' principi; e chiamansi perpetue, perchè anticamente non avevano alcun termine, entro il quale si prescrivessero. Temporali sono quelle che derivano dalla giurisdizione del pretore, e chiamansi temporali, perchè anticamente finivano entro l' anno, essendo tale la durata della magistratura pretoria.

L' utile pubblico fece conoscere essere necessario che all' occasione di litigio s' imponesse un termine, e che i possessori e debitori dovessero entro un tempo determinato rimanere al coperto da ogni ulteriore molestia. Dietro questa considerazione fu stabilito che le azioni derivanti dal diritto civile, salvo qualche eccezione, tanto reali che personali o miste, rimanessero escluse con dieci, venti, trenta o al più con quarant' anni di spazio. La medesima pubblica utilità fece apprendere che troppo breve era il tempo prefisso all' esclusione delle azioni derivanti dall' editto del pretore, epperò, come in questo paragrafo si esemplifica con l' azione concessa a' possessori de' beni e con quella di furto manifesto, alcune di esse furono fatte perpetue.

Due osservazioni a questo paragrafo fanno i censori del diritto romano. Primieramente, introdotta per legge di Giustiniano la prescrizione delle azioni (216) ritengono come un parlare abusivo e più che improprio il chiamarle perpetue. In secondo luogo osservano che i romani furono poco esatti nel prefiggere per termine delle azioni pretorie la durata dell' ufficio di un pretore, mentre in tal caso non si volea considerare il pretore, ma la pretura; ossia non la persona, ma l' autorità, la quale non si toglie, nè si muta per cambiamento di

(216) L. 3. l. 4. Cod. de praescr. 30. annor. l. 1. §. 1. Cod. de annal. except.

persone (217). Presso noi non solamente gli editti de' Presidi, ma eziandio quelli de' magistrati inferiori e municipali hanno sempre perpetua autorità, finchè non vengano espressamente revocati.

Coerentemente a' principii della legislazione di Giustiniano, secondo i moderni Codici Italiani tutte le azioni, tanto reali che personali, si prescrivono col decorso di trent' anni, senza che quegli che allega questa prescrizione sia tenuto ad esibire un titolo, e senza che se gli possa opporre l' eccezione della mala fede (218).

§. Non autem omnes, 1.

SOMMARIO

I. *Delle azioni penali e persecutorie della cosa derivanti dal delitto e dal contratto.*

II. *Negli odierni costumi l' erede pel delitto del defunto è tenuto solidalmente.*

I. L' erede, rappresentando il defunto, subbentra in tutti i diritti e le obbligazioni di lui; è quindi chiaro ch' egli può muovere tutte quelle azioni che al defunto competevano; come all' opposto può muoversi contro lui tutte quelle azioni, per le quali era tenuto il defunto medesimo. Qualunque obbligazione e qualunque diritto nasce da un fatto lecito o da un fatto illecito: dal primo deriva l' azione in forza di contratto o quasi contratto; dal secondo l' azione in forza di delitto o quasi delitto. Le azioni della prima specie si trasmettono indistintamente agli eredi e contro gli eredi, salvo se il testatore abbia operato in dolo, e dal dolo di lui nulla sia pervenuto al successore; nel qual caso l' azione compete agli eredi; ma non contro gli eredi. Quanto alle azioni della seconda specie, vuolsi rammentare che nel sistema dell'antico popolo romano i delitti si dividevano in pubblici e privati. Ne' primi l' accusa era aperta a tutti i cittadini; negli altri apparteneva soltanto alla parte offesa: questi, per lo più, davano luogo ad una pena pecuniaria, la quale cedeva in utile del danneggiato (219). Da questa specie di delitti nascevano due sorta di azioni: una per la pena, l' al-

(217) L. proponebatur, 76. ff. de judic.

(218) Cod. delle D. S. art. 2168. Cod. Albert. art. 2397. Cod. Parmens. art. 1304. Concorda il Cod. Franc. art. 2262.

(219) Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. I. di questo libro.

tra per la restituzione o persecuzione della cosa. Com' era consentaneo all' equità che l' erede non fosse tenuto alla prima, era altrettanto consentaneo all' equità che fosse tenuto alla seconda. Indi tutte le azioni penali, salvo qualche eccezione, competevano indistintamente agli eredi; ma non contro gli eredi: tutte le azioni persecutorie della cosa competevano tanto a' primi, quanto contro i secondi. In ogni modo, tanto se si trattasse di azioni penali derivanti da contratto, quanto di azioni penali derivanti da delitto, le azioni competevano indistintamente agli uni e contro gli altri, qualora gli stessi autori principali avessero dedotto le loro ragioni in giudizio (220).

II. Ma dacchè circa il secolo XII. la giurisprudenza criminale si separò dal corpo delle leggi civili, e formò un sistema totalmente opposto all' antico, gran parte di queste teorie andarono in esiglio. L'azione penale non fu più il soggetto delle azioni private, e come dall' esercizio di esse rimasero esclusi gli autori medesimi, così per necessaria conseguenza rimasero esclusi anche i successori. Il pubblico ministero prese ad esercitarle di ufficio, di per se stesso, e perciò si rese superfluo l' investigare se tali azioni competano, o no, agli eredi e contro gli eredi. Tolte al privato le azioni penali, e resi pubblici tutti i delitti, cadde dall' uso quell' irrogazione di pena pecuniaria nel duplo, nel triplo o nel quadruplo, la quale, come in riparazione del danno, soleva applicarsi in vantaggio della parte offesa. Per riparazione del medesimo fu all' azione penale surrogata un' azione civile; e il diritto Canonico, correggendo le disposizioni dell' antica legge romana, uniformandosi alla nuova giurisprudenza del secolo e basando sull' equità, volle che essa competesse contro gli eredi solidalmente, sebbene la lite non fosse contestata, e dal dolo del defunto nulla fosse loro pervenuto (221). Questa disposizione de' sacri Canoni, la quale fu ammessa nell' uso forense di tutte le nazioni (222) è nuovamente presso noi sancita dall' odierno regolamento di criminal procedura (223).

(220) Veggasi la l. unic. Cod. ex delict. defunct. in quant. haered.

(221) C. in litteris, 5. de rapt. c. ult. de sepult.

(222) Cristin. vol. 3. decis. 22. n. 2. et seqq. Covarr. var. resol. lib. 3. resol. 3. n. 7. Imbert. Enchirid. in verb. confessions des accusez, pag. 53. Vinnio, hic. in fin. Voet, comm. ad Pand. tit. de obl. et act. n. 15. in fin. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 4. tit. 1. §. 19.

(223) Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. II. n. 3. di questo libro.

TITOLO XIII.

DELLE ECCEZIONI

SOMMARIO

Differenza fra eccezione e difesa in pratica non osservata.

Seguita la citazione del reo, l' attore può essere rimosso mediante eccezione. Questa non è altro che l' esclusione di quell' azione che compete per legge. Qualora l' attore non abbia azione, la risposta del reo non è eccezione; ma difesa. Se Primo cita Secondo al pagamento di una somma che pretende avergli creditata; e Secondo alleghi che il prestito non ebbe luogo o fu soddisfatto, la risposta del reo non è eccezione, ma difesa. Se, all' opposto, Primo citi Secondo al pagamento, e Secondo alleghi essergli stata concessa una dilazione, ovvero doversi rescindere l' obbligazione, perchè contratta dolosamente o in età minorenne, l' attore ha veramente azione, e la risposta del reo è un' eccezione, non una difesa. Fra l' eccezione e la difesa, secondo i rigorosi principii delle leggi romane, corrono parecchie differenze, le quali però, conforme attestano tutti i forensi, in pratica non sono osservate, chiamandosi a dirittura eccezione qualunque difesa, di cui faccia uso il reo. (224).

§. Idem juris, 2.

SOMMARIO

Dell' eccezione di denaro non numerato. Rimando.

Se Primo abbia promesso danaro a Secondo, e, confidato su tale promessa, Secondo abbia rilasciato una confessione in iscritto, Primo ha l' azione contro lui in forza del chirografo. Ma siccome è ingiusto il costringere a pagare chi nulla ha ricevuto, così il reo convenuto può far uso dell' eccezione di non numerato danaro, e respingere, entro il biennio, l' attore. Qual correzione abbia sofferto negli odierni costumi questa costituzione di Giustiniano venne da noi altrove esposto (225.

(224) Mynsing. hic et rubric. n. 12. Vinnio, eod. loc. Covarr. in c. possessor. malae fidei, 2. de reg. jur. in 6. p. 1. n. 4. 5.

(225) Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. XXII. lib. III. Istit.

§. Praeterea, 3.

SOMMARIO

Osservazione sul presente paragrafo.

Se un debitore abbia col creditore pattuito la liberazione, quegli rimane tuttavia obbligato, mentre i patti non sono capaci a sciogliere le obbligazioni. Quindi il creditore, non ostante il patto, può convenire il suo debitore pel pagamento. Ma essendo ingiusto che questo soffra la condanna, dopo essersi per patto procacciata la liberazione, può difendersi mediante l' eccezione di patto convenuto. Siccome per diritto Canonico i patti sono tutti uguagliati alle stipulazioni, così ritengo che negli odierni costumi l' attore manchi di azione, tanto se abbia promesso la liberazione per patto, che per stipulato (226).

§. Aeque si debitor, 4.

SOMMARIO

Del giuramento decisorio. Rimando.

Se un debitore, cui sia stato dal creditore deferito il giuramento, abbia giurato, non ostante il giuramento rimane tuttavia obbligato. Nulladimeno, reputandosi ingiusto il muovere una quistione sullo spergiuro, egli può sempre difendersi con l' eccezione del giuramento. La correzione di questa legge, venne da noi esposta altrove (227).

§. Temporales, 10.

SOMMARIO

Abolizione della pena contenuta in questo paragrafo.

Eccezioni dilatorie son quelle che differiscono, ma non tolgono l' esercizio delle azioni. Giustiniano intende a dichiararle in questo paragrafo con l' esempio di un debitore, il quale abbia col creditore

(226) Fac. l. nihil interest, 112. ff. de regul. jur.
(227) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 11. tit. VI. di quest. lib.

pattuito una dilazione. Dietro tale dilazione questi non può altrimenti dimandare il pagamento entro il tempo stabilito nel contratto; ma debbe attendere che decorra il tempo nuovamente al debitore accordato per patto. In caso diverso egli cadrebbe nella pena stabilita contro quelli che chiedono di più per ragione del tempo, la quale consiste nel raddoppiare in vantaggio del debitore il termine stipulato nella convenzione; pena che oggigiorno non è più in uso (228).

§. Praeterea, ult.

SOMMARIO

Delle eccezioni procuratorie. Rimando.

A Roma chiunque volea, potea fare il procuratore, essendo questo in quell' epoca un ufficio meramente privato. Furono quindi dalla legge introdotte alcune eccezioni contro tale persona, nel caso ch' ella fosse esclusa dagli uffici civili o vi fossero altre ragioni che le impedissero di potere agire per altrui, come la donna, il militare ed altri simili. Negli odierni costumi questa sorta di eccezioni non può aver luogo (229).

(228) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 33. tit. VI. di quest. lib.
(229) Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. X. di quest. lib.

TITOLO XIV.

DELLE REPLICHE

SOMMARIO

Osservazioni sull' uso del presente titolo.

Tutto ciò chè venne da Giustiniano disposto dal sesto titolo di questo libro sino al presente, risguarda l' antica romana procedura. Mossa dall' attore l' azione, il reo può dalla medesima sottrarsi con l'eccezione; ma, come può in molti casi avvenire che l' eccezione sia ingiusta, è in facoltà dell' attore il replicare alla difesa del reo. La replica non esclude che il reo possa far uso di ulteriori ragioni: può opporsi alla replica e duplicare; l' attore, perseverando, può triplicare; il reo, persistendo, quadruplicare, e così fra entrambi possono recare la quistione all' infinito (230).

Togliere all' attore la facoltà di opporre le proprie ragioni all'eccezione del reo; e privare il reo della facoltà di poter dedurre nuove osservazioni alla replica dell' attore, sarebbe stato lo stesso che violentare la coscienza dei giudici, e spogliare i cittadini del diritto di difesa. Abbracciata la legislazione di Giustiniano, l' uso delle repliche fu ammesso nella pratica forense di tutte le nazioni; ma perchè le liti non si eternassero, con molta saviezza ne fu prescritto l' abuso (231). Le leggi della nostra attuale procedura, al pari di quella delle moderne legislazioni italiane e straniere, ammettono anch' esse l' uso delle repliche, ma però con un ordine conveniente al processo giudiziario di ciascun luogo. Presso noi, apertasi la discussione per mezzo del procuratore della parte attrice (232), e seguita la contraddizione del procuratore per parte del reo (233), possono entrambi vicendevolmente replicare (234). Questa discussione però non basta, perchè, intese in tal modo le parti, il tribunale passi a decidere. Perchè il processo sia completo e conosciuto tanto dai giudici che dalle parti,

(230) Vinnio, hic §. 3.

(231) Mynsino. nel §. princip. n. 2. hoc. tit. Diod. Tuld. in comm. ad hunc tit. cap. 1. et 2. Vinnio, hic. §. 3. Voet, comm. ad Pand. tit. de except. prescript. et praejud. n. 10.

(232) Moto-Proprio di Pio VII. art. 195. Mot. Prop. di Greg. XVI. art. 573.

(233) Moto-Proprio di Pio VIII. d. art. 195. Mot. Prop. di Greg. XVI. art. 574.

(234) Moto-Proprio di Pio VII. art. 196. Mot. Prop. di Greg. XVI. art. 576.

e perchè le quistioni che si debbono risolvere, siano precise e determinate, noi abbiamo una legge maravigliosa, la quale prescrive che prima di raccogliere i voti de' giudici, si renda pubblico il loro opinamento (235). Questa legge che, volendo la pubblicazione de' motivi che induce il Tribunale a profferire la sentenza, offre una garanzia a' diritti de' contendenti, concede loro di ricevere una seconda udienza, e replicare dopo un termine stabilito, in iscritto e a voce, a' motivi esposti da' Giudici (236). È chiaro adunque che presso noi due sono i tempi, in cui si può replicare, cioè prima e dopo l' opinamento. Ma siccome questi due tempi formano due discussioni ed udienze distinte; e, d' altronde, nel primo le repliche non possono aver luogo, se non quando il Preside creda opportuno di accordarne il permesso (237); e nel secondo, se non quando non furono notificate in iscritto (238); e fra le prime e le seconde corre uno spazio di tempo abbastanza sufficiente per dar campo alle parti di poter raccogliere e dedurre tutte le loro ragioni, è saviamente dalla legge tolto il mezzo di allungare i giudizi con superflue e continue allegazioni (239).

(235) Moto-Proprio di Gregorio XVI. art. 578. e segg.

(236) Moto-Proprio di Pio VII. art. 201. Mot. Prop. di Greg. XVI. art. 581.

(237) Moto-Proprio di Pio VII. art. 196. Mot. Prop. di Greg. XVI. art. 576.

(238) Moto-Proprio di Gregorio XVI. art. 584.

(239) Sulla qual cosa giova avvertire che negli odierni costumi la mancanza dell' esposizione de' dubbi in una causa ordinaria e superiore alla somma di duecento scudi è bastante motivo per accordare il beneficio della restituzione in intiero. Segnat. Pontis Curvi circum. et rest. in int. 15. Febbrajo, 1838. Grossi, nella Bononien. rest. in int. 8. Marzo, 1838. e nella Camerin. rest. in int. 22. Febbrajo, 1839. La Grua Valdina.

TITOLO XV.

DEGL' INTERDETTI

SOMMARIO

I. È disposizione delle leggi civili che il possessore, ordinariamente, non sia tenuto a dimostrare il titolo del suo possesso (240). S' egli sia in buona fede, fa suoi i frutti della cosa posseduta, e ritiene la cosa medesima, finchè altri non provi di averne il dominio (241). In pari causa, senza por mente alla giustizia o all' ingiustizia del possesso, la sua condizione è sempre riputata migliore (242), e in caso di dubbio non può riportare che favorevole sentenza (243). Questi soli vantaggi, per ommetterne altri parecchi, erano di per se stessi sufficienti per ambire il possesso: ma la legge civile, la quale era più che copiosamente provveduta di formole e di atti nelle azioni, ninna sul medesimo ne avea stabilita. Quest' ommissione parecchi inconvenienti produceva; imperciocchè, conoscendo gli uomini l' utile del possedere, sovente, per conseguirlo, venivano alle mani, non senza grave lesione del corpo. Indi si mossero i Pretori a stabilire alcune formole o concepimenti di parole, acciocchè le parti contendenti potessero far uso delle proprie ragioni, senza punto alterare la pubblica tranquillità. In sostanza esse non erano che decreti, pe' quali il magistrato ingiungeva o proibiva che si facesse una cosa in causa di possesso. Siccome tali

(240) L. 11. cod. de pet. haered. l. 28. Cod. de rei vind.

(241) L. ult. ff. de acq. vel. admitt. poss. l. 1. in fin. ff. uti possid. l. ult. Cod. de rei vind.

(242) L. ult. ff. de acq. vel ammitt. poss. l. 9. §. 4. ff. de public. in rem action. l. 2. §. 9. ff. uti possid.

(243) L. 5. princ. ff. si usufr. pet. l. 10. ff. de pign. et hypoth. l. 1. §. 1. ff. uti possid. l. 33. l. 126. §. ult. l. 128. princ. de reg. jur.

decreti non erano che sentenze temporanee, così fu loro dato il nome d' interdetti, quasi sentenze *interim dictae*, mentre l' aggiudicazione che si faceva in forza delle medesime era momentanea, e perdea l' efficacia tosto che in giudizio più pieno e regolare si fosse provato il diritto della proprietà (244). Da tutto ciò si conosce chiaramente qual differenza corresse fra gl' interdetti e le azioni. In queste l' attore non andava al magistrato, acciocchè egli con la sua autorità imperasse o proibisse sul momento cosa alcuna all' avversario. In quelle, all' opposto, ricercavasi il magistrato, perchè con la sua autorità s' interponesse, acciocchè l' avversario sul momento il possesso abbandonasse, o dalle molestie desistesse. Promosse le azioni, per l' ordinario il magistrato dava il giudice; ma gl' interdetti venivano profferiti dal magistrato medesimo, nè di giudice v' era mestieri.

II. Questi sono i principii più generali che ci pervennero dalle romane leggi sulla natura degl' interdetti. Ma come prima per opera del diritto Giustinianeo e Canonico, vennero aboliti le antiche formole, essi in sostanza divennero altrettante azioni, le quali si riserbarono per agire sommariamente sulle controversie relative al possesso (245). Dietro tale innovazione s' introdussero nel foro due sorta di azioni totalmente diverse, cioè le possessorie e le petitorie; da esse presero nome i giudizi, e formossi la notissima distinzione de' giudizi petitorj e possessorj. La pratica di quasi tutte le nazioni, desumendo la qualità del giudizio possessorio dalla maggiore o minore giurisdizione concessa al giudice, contro la manifesta disposizione delle leggi romane, per la quale quasi tutti i giudizi possessorj sono d' indole sommaria (246), li distinse in plenarii, sommarii e sommarissimi. Ebbero nome di plenari quelli, ne' quali il giudice suole aggiudicare il possesso pienamente e in perpetuo, finchè la parte avversaria non abbia fatto prevalere le sue ragioni nel giudizio petitorio (247). Ebbero nome di sommari quelli, ne' quali il giudice conosce della cosa sommariamente e decide a quale de' due avversari debba accordarsi la preferenza del possesso, finchè la quistione non venga più maturamente

(244) Mynsing. hic in princ. Parecchi derivano il vocabolo *interdetto* dal verbo *interdicere*; altri dalle parole *ab inter duos dicendo*. Poco rileva però l' intrattenerci sulla proprietà del nome, mentre in foro di ciò non si fa alcun conto.

(245) Vinnio, hic in princ. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 4. tit. 30. §. 1306. 1307.

(246) Voet, comm. ad Pand. lib. 47. tit. 1. n. 7. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 4. tit. 36. §. 1471.

(247) Richer. d. luogo, §. 1742.

discussa nel possèssorio plenario. Se la quistione dipenda da un titolo controverso, il giudizio cessa di appartenere alla classe de' sommari e diventa ordinario (248). Ebbero nome di sommarissimi quelli, nei quali la giurisdizione del giudice si limita solo alla verificazione del fatto, ossia del possesso, senz' alcuna facoltà d' ingerirsi del titolo. Siccome lo scopo di questi giudizi è quello di evitare ogni occasione di rissa, col ritenere pel momento in possesso chi vi è attualmente, così sogliono chiamarsi anche momentanei (249). Le odierne nostre leggi di procedura, basando sulla pratica da lungo tempo ammessa nel uso del foro, concordano co' principii sopra esposti. I Giudizi possessori si dividono apertamente in plenari, sommari, e sommarissimi (250). Qualora i sommari dipendano da un titolo controverso, cessano di essere tali e diventano ordinari (251). Ne' sommarissimi il giudice non può assumere veruna cognizione del titolo, essendo limitata la sua competenza alla sola verificazione del possesso. (252) Indi ne viene di conseguenza, ch' egli in certo qual modo non possa a meno di prendere cognizione anche del titolo medesimo. Per togliere il pericolo di nullità basta ch' egli non assuma tale incarico per confermare il titolo; ma solo per escludere il vizio del possesso (253).

III. Non queste però sono le sole innovazioni o modificazioni recate alla materia degl' interdetti. Le scrupolose formule di agire, delle quali i romani tenerissimi si mostravano, voleano, come altre volte osservammo, che ogni affare fosse diretto con l' azione che gli era propria. L' attore doveva impetrarla dal magistrato, e, se non volea decadere da' suoi diritti, era mestieri scegliesse l' azione competente, e non altra. Questa rigorosa formalità impediva assolutamente che l' attore potesse a suo piacimento cumulare più azioni essendo egli posto nella assoluta necessità di dover eleggere quella che pel suo diritto

(248) Richer. d. luogo, §. 1472.

(249) Richer. d. luogo, Card. de Luc. Dott. Volg. de' giudizi lib. 16. cap. 30.

(250) Moto-Proprio di Gregorio XVI. art. 530. 532. 538. n. 7.

(251) Moto-Proprio di Greg. XVI. d. art. 538. n. 7. junct. art. 539.

(252) Moto-Proprio di Gregorio XVI. art. 534. Segnat. Bononien. Circumscript. 13. Sett. 1832. Galimberti, e nella Sabinen. Circumscript. 17. Sett. 1835. Gross. Giova avvertire che presso noi la competenza ne' giudizi di sommarissimo possessorio è attribuita a' Governatori ed Assessori legali. Mot. Prop. di Pio VII. art. 121. Mot. Prop. di Gregorio XVI. art. 530. Sebbene la legge imponga loro l' obbligo di non mischiarsi nel titolo vuolsi osservare che il giudice per mantenere il possesso dee conoscere che questo non sia violento, nè clandestino, nè precario. Mot. Prop. di Greg. XVI. art. 530.

(253) Segnat. Ravennat. Circumscript. et rest. in int. 20. Agost. 1840. Lippi.

gli somministrasse la legge civile (254). Indi nasceva che si rendesse affatto impossibile di poter cumulare le azioni possessorie con le petitorie, essendo esse d'indole, natura e disquisizione diversa. Ma quando, ritrovate le Pandette, il diritto Canonico prese a correggere ed abolire tutte le superstizioni del gentilesimo, ebbesi tosto una saggia disposizione, la quale permise che l'attore potesse nello stesso libello far uso di tutte quelle azioni che gli potessero competere (255). Questa disposizione (saggiamente esclusa nel solo caso che le azioni fossero fra loro contrarie per modo, che le une si trovassero opposte alle altre, e avventurassero il giudizio ad una sentenza che nel favorire a una domanda dell'attore, dovesse necessariamente escludere l'altra contenuta nello stesso libello) fu ricevuta nell'uso forense di tutte le nazioni (256).

IV. Ammesso questo principio, non ostante che le azioni risguardanti la proprietà fossero totalmente diverse da quelle che risguardano il possesso (257), dietro la disposizione espressa de' Sacri Canoni (258), fu ricevuto in foro che il giudizio petitorio si potesse talvolta congiungere col possessorio (259). Ma siccome per le ragioni allegate nel numero precedente, cotesta cumulazione non può aver luogo, qualora fra le azioni siavi contrarietà, o, come dicono in foro, *incompatibilità*, così fu sempre proibito che il giudizio di sommarissimo possessorio, ossia quello di manutenzione, si potesse congiungere col possessorio plenario o misto, e molto meno col petitorio. In ciascuna di tali cumulazioni sarebbevi aperta contraddizione e perciò la legge canonica, dalla quale unicamente discende la licenza di poter congiungere più azioni, propone soltanto la cumulazione del petitorio col possessorio d'immissione o reintegrazione, escluso quello di manutenzione (260). E in fatti,

(254) L. qui servum, 34, ff. de obl. et action. l. cum filius, 76. §. pen. ff. de legat. 2. et simil.

(255) C. cum dilectus, 6. Decret. de causs. poss. et propr.

(256) Ant. Fabro, Cod. suo for. lib. 8. tit. 3. def. 3. Andr. Gail. obs. pract. lib. 1. obs. 63. n. 3. et seqq. Rittershus. de diff. jur. civ. et can. lib. 5. cap. 15. Voet, comm. ad Pand. lib. 2. tit. 13. n. 14. in princ. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 4. tit. 1. §. 26. Card. de Luc. de jud. disc. 15. n. 26. Ruota, nella Bononien. Cumuli 22. Aprile, 1836. Marini.

(257) L. naturaliter. 12. §. 1. ff. de adq. poss.

(258) C. Pastoralis, 5. Decret. de causs. poss. et propr.

(259) Ruota nella Romana, seu Januen. legat. super manutentione, 14 Marzo, 1777. Soderino, §. 12. et seqq. e veggasi parimenti la Ruota nell'Asculana manutentionis, 17. Giugno, 1791. Paracciano, §. 11.

(260) C. dilectus, 6. Decret. de causs. poss. et propr.

l' attore che promuove l' azione di proprietà, suppongasi la vindicatoria, per natura dell' azione medesima non può possedere, mentre agisce contro quello che possiede (261). All' opposto, l' attore che muove l' azione di sommarissimo possessorio, domanda sè essere mantenuto in quel possesso che allega di avere (262). La cumulazione delle azioni in questo caso è totalmente incompatibile, mentre non può essere che una persona non possieda, e nello stesso tempo dimostri di possedere. Indi ne segue, che la domanda fatta in giudizio petitorio non possa importare, che la rinuncia all' azione di semplice possessorio. Dicasi lo stesso riguardo alla cumulazione del semplice possessorio di manutenzione col possessorio plenario o misto. L' attore che domanda di esser posto o reintegrato nel possesso, apertamente dichiara di non possedere: non possedendo, non può chiedere di essere nel possesso mantenuto. Per queste ragioni la pratica de' Tribunali più volte decise, che l' attore, promuovendo il giudizio d' immissione o reintegrazione, si dovesse intendere decaduto dal possesso, quasi da lui rinunciato, sebbene per avventura l' avesse (263). Questi principii, desunti dal diritto Canonico e dall' antica pratica, sono oggigiorno sanzionati dalle leggi di quasi tutte le vigenti legislazioni italiane e straniere (264).

V. Altre modificazioni sulla materia degl' interdetti recò la legge Canonica, ammettendo l' appello dalle leggi del diritto comune in essi generalmente negato (265). Sulla qual cosa però vuolsi avvertire che, mentre afflitte per molte vicende le cose d' Italia, sul principio del secolo XIV. pe' maneggi del Cardinale da Prato, venne eletto al soglio Pontificio un Bertrando o Raimondo del Gotto, arcivescovo di Bordeaux,

(261) D. c. pastoralis, 5. Decret. de causs. poss. et propr.

(262) §. Retinendae, hic.

(263) Gregor. Decis. 46. n. 3. Buratt. et Adden. Decis. 160. n. 4. Decis. 196. apud. Posth. de subhast. Nulladimeno la pratica del foro pose qualche eccezione a questa teoria, qualora la cumulazione del possessorio di reintegrazione o immissione si trovasse compatibile con quello di manutenzione. Il che, per esempio, fu ammesso nel caso che il possessorio di reintegrazione o immissione fosse promosso per congiungere il possesso naturale, già ritenuto con l' animo, col civile, pel quale potesse congruamente competere anche il rimedio della manutenzione. Buratt. et Adden. d. decis. 160. n. 19. e 269. Duran. decis. 23. n. 12. et seqq. Decis. 78. 139. 426. 275. p. 6. rec. Card. de Luc. de feud. disc. 43. n. 3.

(264) Mot. Prop. di Greg. XVI. art. 532. 533. Cod. di proced. delle D. S. art. 129. e segg. Cod. di proced. Franc. art. 25. 26. Cod. di proced. Tosc. 15. Nov. 1814. art. 565. 566. Concordano gli altri Codici.

(265) Card. de Luc. de feud. disc. 43. n. 4. Ruota, nella Firmana Primogeniturae super immissione in specie, 26. Febb. 1777. Sentmanat. §. 1.

il quale assunsè il nome di Clemente V., la sede papale dall' antico suo regno fu traslocata in Avignone. Nell' epoca di quest' assenza il Cardinale Egidio Albernozzi, legato della Santa Sede, fece per tutto il dominio temporale della Chiesa in Italia una certa costituzione, volgarmente chiamata Egidiana, la quale, fra le altre materie in essa contenute, trattò parimenti de' giudizi possessorj; e, togliendo in essi l' ostacolo della legge Canonica, ordinò l' osservanza della legge civile. In forza di tale costituzione, riducendosi la materia a termini del diritto comune, fu ne' giudizi possessorj negato l' appello. Saliti poscia al soglio i Sommi Pontefici Sisto IV., e Paolo III. la costituzione Egidiana confermarono; questa per tutto il dominio della Chiesa estesero. Ma la conferma e l' ampliazione di questi due Sommi Pontefici non potette impedire che la costituzione d' Egidio non trovasse ostacoli, e che non sorgessero interpretazioni a limitarla. Si volle che essa fosse una legge fatta da un magistrato o Vicario del Papa, non come Papa, ma come Principe temporale. Indi si basò per massima che non dovesse obbligare le chiese, i cherici e generalmente tutte le persone Ecclesiastiche: alla conferma de' Sommi Pontefici si oppose ch' essa non poteva alterare la natura della cosa confermata, mentre anche la conferma venne da loro fatta non come Papi, ma come Principi secolari. È questo, come osserva il De Luca, un vero cumulo di sottigliezze; ma non ostante nel foro ebbe successo (266).

VI. Del resto, sebbene l' Egidiana togliesse ne' giudizi possessorj l' appello sospensivo, tuttavia non tolse l' appello all' effetto devolutivo (267), e lo stesso diritto Canonico, il quale concedeva tale rimedio ne' giudizi di reintegrazione e d' immissione, nol consentiva che col solo effetto devolutivo ne' giudizi di possessorio sommarissimo (268). I principii della legge Canonica, già ricevuti in foro presso alcune nazioni, sono oggigiorno sanzionati dalle nostre moderne leggi di procedura. L' Egidiana non è più in vigore, ed ha luogo l' appello da ogni sentenza che la legge non dichiari inappellabile (269). Tali presso noi non sono i giudizi possessorj (270); ma nulladimeno in

(266) Veggasi la Ruota, nella Ferrarien. immissionis in specie, 21. Giugno, 1784. Resta §. 2. e nelle Spoletana seu Fulginaten. Salviani, 22. Giugno 1818. Bussio, §. 3.

(267) Ruota, nella Faventina immissionis, 17. Gennajo 1777. Sentmanat, §. 1.

(268) Card. de Luc. de jud. disc. 37. n. 36. Royas, Decis. 302. Bichio, Decis. 381. Decis. 29. p. 10. rec.

(269) Mot. Prop. di Greg. XVI. art. 963.

(270) Mot. Prop. di Greg. XVI. art, 975. n. 2, 976. n. 2.

quelli di sommarissimo possessorio, non ostante appello, si fa luogo per legge all'esecuzione provvisoria (271); ne' rimanenti la facoltà di ordinare l'esecuzione provvisoria è rimessa all'arbitrio de' Tribunali, qualora sia richiesta dalle parti, e a norma delle circostanze (272). Da tutto quello che sinora abbiamo detto abbastanza si rileva quale siano le mutazioni avvenute nella materia degl' interdetti dall'epoca degli antichi pretori fino a' tempi nostri, e qual parte abbia in essi oggigiorno il diritto Canonico, la pratica del foro e le odierne leggi.

§. Sequens divisio, 2.

SOMMARIO

Cenno sul presente paragrafo.

Gl' interdetti possessorj numerati in questa legge sono di tre sorta; imperciocchè, come dice Giustiniano, alcuni sono stati introdotti per acquistare, altri per ricuperare, altri per ritenere il possesso. I pratici distinguono i primi giudizi col nome d'immissione, i secondi con quello di reintegrazione, e gli ultimi con quello di manutenzione.

§. Adipiscendæ, 3.

SOMMARIO

I. *Dell' interdetto Salviano.*
II. *Abolizione del medesimo.*
III. *Dell' associazione al fondo censito.*
IV. *Conservazione della medesima.*
V. *Dell' azione ipotecaria.*

I. Fra gl' interdetti ordinati per acquistare il possesso, notissimo è il Salviano. Secondo la genuina disposizione delle leggi romane, questo si suol concedere al locatore di un fondo rustico, per farsi mettere in possesso delle cose dell'affittuario, a lui, pel pagamento delle

(271) D. art. 975. n. 2.
(272) D. art. 976. Salvo il disposto degli articoli 1003. e segg.

sue pensioni, tacitamente obbligate (273). La comune interpretazione de' Giureconsulti l' accorda anche al padrone di un fondo, e a qualsivoglia altro creditore ipotecario contro qualunque possessore, a esempio dell' azione quasi Serviana, per ottenere il possesso del fondo soggetto ad ipoteca (274). Questa interpretazione fu di unanime consenso ricevuta nell' uso forense di tutte le nazioni (275). Effetto del Salviano interdetto è, che il creditore, posto in possesso del fondo ipotecato, può pagarsi del suo avere col percepire i frutti. Per legge civile il tempo di tal possesso non è definito; ma la pratica del foro ritenne che fosse bastante un decennio (276).

II. Prima delle moderne leggi niun giudizio era nel foro più frequente di questo, e la vasta mole della nostra biblioteca legale non mancava di qualche sterminato volume, il quale ne avesse trattato ex professo. Ma dopo la rivoluzione di Francia, e la ripristinazione del governo Pontificio, le cose cambiarono aspetto. Nell' ordinazione del nuovo sistema ipotecario le immissioni in possesso in forza d' ipoteca furono abolite e con esso l' interdetto Salviano (277). In conseguenza di tale abolizione la legge prescrisse che, invece del mandato d' immissione, si dovesse rilasciare il mandato esecutivo per la subasta del fondo ipotecato (278.

III. Rimedio pressochè consimile al Salviano è quello nell' uso del foro conosciuto sotto il nome di associazione. Soleva esso competere a quel creditore, il quale nel contratto di censo od altro si fosse espressamente riserbata la licenza di prendere il possesso di propria autorità. In forza di tal convenzione ogni qualvolta il debitore del censo avesse posto ritardo a' pagamenti, il creditore poteva aver ricorso al giudice, per ottenere dal medesimo in forma stragiudiziale il possesso del fondo, sul quale era costituito il censo. Non mancò fra gli anti-

(273) L. 1. §. 1. ff. de salv. interd. l. 1. Cod. de precar. et interd. salv.

(274) Arg. l. 1. princ. et §. seq. ff. de salv. interd.

(275) Vinnio, hic. n. 5. Tesaur. Decis. 176. per tot. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 4. tit. 34. §. 1392. Ruota, nella Romana census quoad fructus, 17. Febbrajo, 1843. §. 2. Marini.

(276) Card. de Luc. Dott. Volg. de' giudizi, lib. 15. cap. 30. n. 11.

(277) Mot. Prop. di Pio VII. art. 89. Mot. Prop. di Leone XII. art. 139. Mot. Prop. di Greg. XVI. art. 194. Ruota, nella d. Romana Census quoad fructus, 17. Febbrajo, 1843. Marini, §. 6. L' interdetto Salviano è parimenti abolito da quasi tutte le vigenti legislazioni Italiane e straniere.

(278) Ruota, nella Bononien. seu Faventina Pecuniaria, 23. Giugno 1817. Marco, nella Fanen. subhastationis, 22. Giugno, 1821. Tiberj, e nella d. Romana Census quoad fructus, 17, Febbrajo, 1843. Marini, §. 6.

chi chi sostenne che per ottenere dal giudice la suddetta associazione non fosse necessaria la citazione della parte, fondandosi nella ragione che in caso diverso si sarebbe proceduto a tale rimedio con una veste giuridica, la quale apertamente ripugna alla convenzione. Non è chi non vegga che tale opinione pute di misantropia, e perciò saggiamente fu dall'uso del foro e dalle moderne leggi rifiutata (279). All'espressa convenzione di poter prendere il possesso di propria autorità furono ugnagliate le clausule del costituto e del precario; e siccome queste ordinariamente per istile comune de' notai si sogliono aggiungere agl'istromenti di censo, così questa sorta di contratto non mancava mai di offerire al creditore il rimedio dell'associazione. Questo rimedio che non deriva da alcuna espressa disposizione di diritto comune; ma solo da logico argomento, tratto da alcune leggi del medesimo (280), e poscia ammesso nell'uso del foro (281), concorda col Salviano riguardo all'effetto, discorda riguardo all'origine. Concorda riguardo all'effetto, mentre anche in esso il creditore vien posto in possessione del fondo, fintantocchè coi frutti siasi soddisfatto del suo credito: discorda riguardo all'origine, perchè il rimedio dell'associazione deriva dal patto, quello del Salviano dall'ipoteca (282).

IV. Sopraggiunte le leggi che abolirono il Salviano, si dubitò, se, per la simiglianza che corre tra questi due rimedi, fosse abolito anche quello dell'associazione. Prima del Moto Proprio di Leone XII., e di Gregorio XVI., la pratica de' nostri Tribunali decise la quistione in senso negativo (283). Ma dopo la pubblicazione de' suddetti Moti Propri cotesta quistione si rese inutile, essendo in essi apertamente conservato (284). L'odierno sistema ipotecario richiede però che, qualora il fondo o i fondi esistano presso i terzi, detto rimedio non possa implorarsi, se il credito non sia legalmente iscritto ne' registri ipotecari (285). Questa disposizione, a mio parere, preclude la

(279) Card. de Luc. Dott. Volg. de' giudizi, lib. 15. cap. 30. n. 4. Mot. Prop. di Gregorio XVI. art. 1446.

(280) L. 3. Cod. de pignor.

(281) Ruota nella d. Romana Census quoad fructus, 17. Febbrajo, 1843. Marini, §. 7.

(282) Card. de Luc. Dott. Volg. dei giud. lib. 15. cap. 30. n. 10. Ruota, nella d. Romana Census quoad fructus, 17. Febbrajo 1843. Marini, §. 7.

(283) Ruota, nella civitatis Castellanae pecuniaria, 4. Giugno 1819. Tiberi, nella Urbevetana Census, 2. Apr. 1827. Patrizi, ed altre moltissime.

(284) Mot. Prop. di Leone XII. art. 139. Mot. Prop. di Gregorio XVI. art. 194.

(285) Moto-Proprio di Gregorio XVI. art. 1446.

strada a tutte quelle inutili e noiosissime quistioni, messe in sul tappeto da' nostri maggiori, per decidere se il rimedio dell'associazione possa, o no, aver luogo anche contro i terzi.

V. Preservato dalle odierne leggi al creditore del censo il rimedio dell'associazione, si dubitò parimenti se al medesimo potesse competere anche l'esercizio dell'azione ipotecaria. Per l'affermativa si allegò che nel censo si contrae di sua natura una speciale ed efficace ipoteca; che ogni ipoteca somministra di diritto l'azione ipotecaria; che per togliere tale azione era mestieri di una disposizione di legge; che simile disposizione non si poteva presumere in cosa pregiudicievole a un creditore che la legge medesima vuol favorito. Per la negativa si rispose che la Bolla del quinto Pio proibisce la coattiva restituzione della sorte del censo; che mediante il giudizio di subasta, sequela dell'azione ipotecaria, si verrebbe a conseguire la suddetta coattiva restituzione. Nel conflitto di queste due opinioni la pratica de' Tribunali si attenne alla prima (286). Ed è veramente notabile che non ostante questa massima costantemente da' Tribunali professata (287), per far cessare ogni occasione di litigio o di cavillo, fu necessaria una declaratoria della Segretaria di Stato che la confermasse (288).

§. Retinendae, 4.

SOMMARIO

I. *Degl' interdetti* uti possidetis *ed* utrobi. *Diritto Giustinianeo.*
II. *Diritto Canonico e legislazione odierna.*

I. Gl' interdetti ordinati per ritenere il possesso sono due: *uti possidetis* ed *utrobi*. Il primo si concede per gli stabili. Il secondo pe' mobili. Fra l' uno e l' altro anticamente correva questa differenza, che nel primo bastava possedere nel momento della contestazione della lite; nel secondo bisognava aver posseduto nella maggior parte del-

(286) Ruota, nella Faventina Census, 2. Maggio 1825. Muzzarelli, nella Romana Census quoad actionem hypotecariam, 27. Aprile 1827. Tiberj, e nella confermatoria 23. Novembre 1827. Ruspoli, nella Romana associationis, 14. Giugno 1830. e 13. Mar. 1831. Zacchia, nella Romana associationis, 2. Dicembre, 1833. Lo stesso, e nella Romana seu Maceraten. Associationis 12. Giugno, 1835. e 13. Gennaio, 1837. Bofondi.

(287) Ruota, nella d. Romana Census quoad fructus, 17. Febb. 1843. §. 7.

(288) In data 9. Aprile, 1838.

l' anno. Giustiniano abrogò tale differenza, e volle che, tanto nell' uno quanto nell' altro interdetto, dovesse prevalere chi nel tempo della contestazione della lite ritenesse un possesso non violento, non clandestino, non precario.

II. L' interdetto *uti possidetis* da' pratici uguagliato al giudizio di sommarissimo possessorio (289) viene accordato per ritenere il possesso delle cose immobili o di quelle che ad esse vengono uguagliate, come l' uso, l' usufrutto di un fondo rustico od urbano e le servitù prediali (290); e si accorda a quello che possiede senza vizio, o per sè o per altrui mezzo, contro quello che, salvo il vero proprietario, turba il suo possesso, purchè d' altronde possieda o quasi possieda al tempo che si contesta la lite.

Ma sebbene il diritto romano negl' interdetti ordinati a ritenere il possesso generalmente stabilisse, dovessero in essi prevalere quelli che al tempo della lite contestata possedessero o quasi possedessero, nulladimeno il diritto Canonico, basando, come sempre, sull' equità, seguì principii diversi. Vollero i Sacri Canoni che per ottenere una certa vittoria, punto non rilevasse il possedere, o no, all' epoca che si contesta la lite; ma dovesse giovare il possesso più antico, siccome quello che meglio si presume esente da ogni vizio (291). Donde ne nacque in foro la nota regola che in tal giudizio si dovesse aver riguardo al possesso anteriore, per mantenerlo a preferenza del posteriore. La nostra legge attuale dichiara che ove esistano atti di formale apprensione del possesso, eseguiti da due o più persone, si dee mantenere quello che, dopo averlo appreso, il ritiene attualmente: dicendo la legge, doversi mantenere in possesso quello che, dopo averlo appreso, il ritiene attualmente, dichiara abbastanza che fra due contendenti in via di sommarissimo possessorio dee pre-

(289) Comparazione fallace; mentre nel giudizio di sommarissimo possessorio non si dee disputare riguardo alla qualità del possesso, laddove della medesima è necessario conoscere nell' interdetto *uti possidetis*. Nacque da quest' errore che talvolta s' impugnassero come nulle le sentenze interlocutorie profferite in giudizio di possessorio sommarissimo, perchè il giudice, dovendo conoscere la qualità del possesso, ebbe alle volte ricorso al titolo del medesimo. Segnat. Bononien. Circumscript. 13. Settembre 1832. Galimberti, e nella Sabinen. Circumscript. 17. Settembre, 1835. Grossi. Veggasi quello che abbiamo detto nel principio di questo titolo n. 2.

(290) L. 1. princ. et §. 4. l. 4. ff. uti possid. l. ult. ff. de servit. L. 8. §. 5, ff. si serv. vind.

(291) L. licet caussam, 9. de probat.

valere quello che attualmente possiede, benchè posteriore nella formale apprensione, il che coincide col diritto romano. Se non esiste atto di apprensione, dee mantenersi quello che dentro l'anno esercitò qualche atto possessorio, purchè i contradittori non provino di averne anch' essi esercitato alcuno. Se gli atti di possesso vennero esercitati da più persone, dee mantenersi quello che gli abbia esercitati con maggior frequenza e sopra gli oggetti più importanti. Nel caso che, avuto riguardo agli atti esercitati dai litiganti, rimanga torbido il fatto del possesso attuale e momentaneo, nè possa conoscersi quale fra essi attualmente il ritenga, il giudizio cessa di appartenere alla classe de' sommarissimi (292).

§. Recuperandæ, 6.

SOMMARIO

I. *Dell' interdetto* unde vi. *Diritto romano.*
II. *Correzione delle leggi Canoniche.*
III. *Pene degl' invasori. Leggi romane, pratica del foro.*

I. A quelli che venivano scacciati dal possesso delle cose immobili, era fatta licenza di poterlo ricuperare, promuovendo l' interdetto *unde vi.* Per le mobili, oltre l' azione personale di furto, era anche quella de' beni tolti con violenza; non faceva quindi mestieri di altra sanzione per poterle ricuperare. L' attore che agiva con questo interdetto, chiedeva in certo qual modo ragione di un delitto commesso contro di lui mediante spoglio fatto da persona che niun diritto avea sulla cosa occupata; epperò nulla rilevava la qualità del possesso, tanto s'egli fosse naturale che civile, giusto o ingiusto, col titolo o senza titolo; essendo principio di legge che niuno avesse a trar partito da' suoi delitti (293).

II. Ma dietro il principio che il delitto non obbliga se non chi il commette, la legge civile limitava l' esercizio di questo interdetto solo contro l' autore della violenza: gli eredi e i terzi possessori non po-

(292) Moto-Proprio di Gregorio XVI. art. 534. Siccome il diritto Canonico dichiara manutenibile il possesso anteriore e non l' attuale, appare chiaramente che il nostro giudizio di sommarissimo possessorio non può del tutto paragonarsi all' interdetto *uti possidetis*.

(293) L. 1. §. 9. 10. 22. 24. 30. ff. de vi, et vi arm.

tevano esserne convenuti. La qual disposizione dovea per certo recare non lievi inconvenienti, e rendere inutile l' editto medesimo. Imperciocchè spesse volte occorresse che lo spogliatore, veggendo imminente il giudizio, per evitarlo trasferiva la cosa occupata a un terzo; nel qual modo, togliendo all' attore i vantaggi inerenti al possesso, il costringeva a sperimentare le sue ragioni in un giudizio più malagevole, qual era il petitorio. Fu senza dubbio l' esempio di tali malignità che dette luogo a certe disposizioni del diritto canonico, le quali, correggendo il rigore delle leggi romane, stabilirono che l' azione di spoglio potesse intentarsi anche per le cose mobili e contro i terzi possessori, qualora del vizio della cosa fossero consapevoli (294). La giustizia di tali disposizioni non era da revocarsi in dubbio, e furono ammesse nell' uso forense di tutte le nazioni (295).

III. L' esercizio dell' interdetto *unde vi* non recava alcun pregiudizio all' azione delle leggi Giulie e alle altre pene comminate da' Principi contro i violenti invasori. Le sacre costituzioni, di cui fa qui menzione Giustiniano, ingiungevano che l' invasore perdesse la proprietà dello stabile, se ne fosse il padrone; in caso diverso, oltre la restituzione, dovesse pagarne la stima (296). Altrove osservammo che questa sorta di pena oggigiorno non è più in uso (297). Altre pene costituivano le leggi Giulie, le quali differivano secondo il genere della violenza (298); ma neppure queste in pratica sono abbracciate. È comune opinione degli odierni scrittori di cose criminali che, qualora la violenza non sia grave, le azioni di turbato possesso non meritino oggigiorno di essere assoggettate alle leggi criminali; imperciocchè, avendo esse ordinariamente per causa impulsiva l' opinione del proprio

(294) C. reintegrandae, 3. quest. 1. c. saepe contigit, 18. de rest. spol.

(295) CRISTIN. vol. 4. Decis. 135. n. 17. GAIL. lib. 2. obs. 75. MYNSING. cent. 3. obs. 85. CACHERAN, Decis. 93. ANT. FABR. Cod. suo for. lib. 8. tit. 3. def. 1. VOET, comm. ad Pand. lib. 43. tit. 16. n. 7. RICHER. univ. civ. et crim. jur. lib. 4. tit. 35. §. 1440. RUOTA, nella Romana Pecuniaria, 20. Marzo, 1835. D' AVELLA' §. 2.

(296) L. 3. l. 7. Cod. unde vi. La medesima pena per legge del Codice è stabilita contro que' conduttori o altri detentori delle cose altrui che non restituiscano la cosa posseduta, e perseverino nella loro ostinazione fino alla sentenza definitiva l. 10. Cod. eod. Ma come tal pena è abolita nel caso suddetto, così dee ritenersi abolita anche nel presente, essendo contraria agli odierni costumi, ne' quali il conduttore, o altro renuente detentore della cosa altrui, sarebbe solamente tenuto ai danni ed alle spese. RICHER, univ. civ. et crim. jur. lib. 3. tit. 19. §. 2906. Certo è che in pratica non viene osservata.

(297) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 1. tit. II. lib. IV. Istit.

(298) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 8. tit. XVIII. di questo libro.

diritto, la prova del dolo riesce di gran lunga difficile; nel qual caso, senza moltiplicare le penali sanzioni, giova più alla repubblica che i cittadini facciano uso degl' interdetti civili (299). La pena che in pratica si prefigge allo spogliatore, è quella di negargli l' udienza non solo nella causa che si agita per cagione dello spoglio; ma eziandio nelle altre, se prima lo spoglio non sia purgato (300). Pel quale effetto è però necessario provare il precedente possesso dello spogliato, e la susseguente occupazione dell' invasore (301).

(299) Carmignani, Elem. jur. crim. §. 1085. Giuliani, Istit. crim. part. 2. tratt. 4. vol. 4.

(300) Card. de Luc. Dott. Volg. lib. 15. cap. 14. n. 7. Ruota, nella Callien. spolii, 22. Giugno, 1761. Frangipane, §. 16.

(301) Ruota, nella conf. Camerinen. spolii, 22. Marzo, 1784. §. 3. De Bayane, nella Albanen. spolii, 20. Maggio, 1833. De Cursiis, §. 2. e nella Tusculana spolii, 12. Giugno, 1843. De Silvestri, §. 3.

TITOLO XVI.

DELLA PENA DE' TEMERARI LITIGANTI

§. Nunc admonendi,

§. Ecce enim, 1.

SOMMARIO

I. *Del giuramento di calunnia.*

II. *Uso del medesimo.*

III. *Della condanna nella decima parte della stima della lite. Pratica del foro.*

IV. *Delle azioni che aumentano nel doppio per la negativa del reo. Rimando.*

I. Ne' titoli precedenti Giustiniano fece conoscere i modi, co' quali l' attore e il reo possono far uso delle proprie ragioni. Ma come spesso si trovano uomini che, senza averne alcuna, sovente per dolo o malizia, talvolta per inconsiderata temerità, si fanno a promuovere ingiuste liti con grave danno delle parti avversarie, così le provvide leggi stabilirono alcuni rimedi e alcune pene per sgomentare i temerari litiganti. Prima di cominciare la lite, mediante il giuramento di calunnia, i contendenti dovevano affermare sè essere persuasi della giustizia delle proprie pretensioni: in appresso l' Imperadore stabilì, dovessero anche affermare e promettere di nulla intraprendere per ritardare il corso del giudizio o per corrompere i giudici (302). I Procuratori, gli Avvocati e difensori non erano pur essi esenti dal giuramento, sotto il quale era loro ingiunto l' obbligo di affermare che ritenevano per buona la causa da loro patrocinata; che nulla avrebbero trascurato per la difesa de' loro clienti; e che questa avrebbero tostamente lasciata, se per avventura avessero scoperto frode nella loro condotta.

II. Forse a' tempi di Giustiniano i giuramenti avevano un certo apparato esteriore, il quale, dando nell' occhio, potea realmente sgomentare chiunque avesse celato in animo di commettere uno spergiuro. In processo di tempo tale apparato fu tolto; e la moltitudine, la maggior parte ignorante, solita a non commuoversi, se non di quelle

(302) Nov. 49. cap. 3. Nov. 124. cap. 1.

cose che vivamente colpiscono l' attuale attenzione, cominciò a riguardare quest' atto come una cerimonia di uso. Concesso che si potesse litigare anche per mezzo altrui, il diritto Canonico, contro l' espressa proibizione delle leggi civili (303), permise che tal giuramento si potesse prestare anche per mezzo di procuratore (304). Siccome, risorta ed insegnata nelle scuole la compilazione di Giustiniano, s' era già fatta della medesima un' arte di procedura e un' arte di giurisprudenza, e i pratici, differenti dai giureconsulti, avevano già fatto studio di una moltitudine di cautele, formole, protesti e clausole; così non mancarono di porre fra quelle anche il giuramento di calunnia; d' onde, per meno imporre, dalla bocca de' litiganti il giuramento fece passaggio nella bocca de' terzi; e nell' uso di parecchie nazioni dalla bocca dei terzi fece passaggio ne' loro scritti. Confuso in tal modo fra quelle generali proteste che da' procuratori solevano interporsi nel principio della lite, fu caso di gran lunga difficile, che la prestazione del medesimo impedisse d' intraprendere un' ingiusta lite, o facesse dalla già intrapresa desistere. E per questa ragione, colpa dell' abuso o de' tempi, perduto lo scopo, pel quale veniva anticamente richiesto, poco per volta s' accommiatò dall' uso del foro (305).

Prima che s' introducessero i diritti regali e che tra essi fosse anche quello di conferire i gradi accademici nella facoltà legale, i procuratori e gli avvocati non erano costretti a un certo studio, nè a certe solennità. In tale difetto saggiamente la legge, prima ch' essi intraprendessero le parti altrui, esigeva da loro in ciascuna causa un giuramento che, per così dire, li rivestisse della dignità d' intemerati difensori avanti al giudice. Ma siccome negli odierni costumi, prima di ottenere i gradi e di esercitare la professione, debbono precedere alcune solennità, e fra esse il giuramento, il quale, prestato una volta, si ritiene prestato per tutto il corso della carriera legale, così non v' ha oggigiorno nè il bisogno nè l' uso di far loro prestare il giuramento in ogni lite.

III. Tutte le suddette disposizioni sopra il giuramento di calunnia da prestarsi dalle parti e loro difensori nel principio della causa, ven-

(303) L. 2. et Auth. principales, Cod. de jurejur. propt. cal. dand.

(304) C. 2. §. 1. et cap. final. de jur. calumn. in 6.

(305) Card. de Luc. de judic. disc. 25. n. 16. et seqq. Veggansi Gregor. e Adden. Decis. 157. et 209. Decis. 254. post. Zacch. de obl. cam. Gudelin. lib. 4. de jur. noviss. c. 8. in fin. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 8, cap. 1. Cristin. vol. 2. Decis. 141.

nero da Giustiniano surrogate all' antica azione di calunnia, per la quale, secondo l' antico diritto, i temerari litiganti venivano condannati a pagare la decima parte della stima della lite (306). Ma questa sanzione delle romane leggi, a' tempi di Giustiniano già caduta in disuso, nel presente paragrafo espressamente abolita, e dall' Imperadore nelle sue novelle costituzioni richiamata in vigore (307), fu ripudiata dall' uso del foro presso tutte le nazioni (308), nè oggigiorno è praticata in luogo alcuno.

IV. Poco giova intrattenerci su quelle azioni che per la negativa del reo, quasi in pena della sua ostinazione, crescevano nel doppio, mentre, come altrove osservammo, queste disposizioni della legge civile non sono oggigiorno in uso.

§. Ex quibusdam, 2.

SOMMARIO

Negli odierni costumi la pena d' infamia non viene irrogata che a' delitti per loro natura infamanti.

Soccombere in un'azione diretta di tutela, di mandato, società o deposito: sofferire una condanna ne' giudizi di furto, di violenza, d' ingiuria e di dolo: pattuire con l' avversario la remissione della pena, secondo l' antico sistema de' Romani importava l' ignominia. Oggigiorno, secondo i costumi di tutte le vigenti legislazioni, l' infamia non viene irrogata dalla causa, ma dal genere della pena; e la pena non è mai infamante, qualora non sia tale anche l' azione criminosa.

§. Omnium autem, 3.

SOMMARIO

I. *Differenza fra la citazione e la chiamata in tribunale. Costumi odierni.*

II. *Abolizione della pena contenuta in questo paragrafo.*

I. Ogni giudizio prende cominciamento da quella parte dell' editto, proposta dal pretore, riguardo alla chiamata in tribunale. Scopo di

(306) L. ult. Cod. Hermog. de calumniat.
(307) Nov. 112.
(308) Vinnio, hic. n. 4.

questo atto è quello di far nota al reo l' azione, per la quale è tenuto, acciocchè frattanto possa egli fra sè stesso deliberare, se voglia cedere o contendere. Presso gli antichi la chiamata in tribunale era di gran lunga differente dalla citazione; e, tenerissimi com' erano del proprio linguaggio, non mai usurparono un vocabolo per l' altro. Ma nelle costituzioni di Giustiniano non si trova uguale proprietà di parlare. Ne' moderni costumi di tutte le vigenti legislazioni la chiamata in tribunale riguarda propriamente quella prima citazione che precede il giudizio; e, fatta una volta, non si ripete: laddove la citazione può aver luogo anche dopo cominciato il giudizio, e in qualunque parte del medesimo.

II. Nella suddetta parte dell' editto il Pretore stabilì che gli ascendenti e i patroni non potessero da' discendenti o da' liberti essere citati o chiamati in tribunale, senza prima averne ottenuto il permesso. Alcuni trovano la ragione di questa disposizione negli antichi costumi de' romani, pe' quali era lecito all' attore di trascinare il reo di propria autorità, e, facendo mestieri, con la violenza, dinanzi al magistrato; quasichè tal atto, essendo ripugnante fra' congiunti di sangue, e fra persone, cui si doveva una nuova vita, qual' era la libertà, fosse meno brutale eseguito dietro autorizzazione. Altri con più fondamento ne ritrovano la ragione nel rispetto dovuto agli ascendenti e patroni, mentre il permesso del Pretore non potea fare che l' atto non fosse ugualmente brutale. Le leggi romane punivano i trasgressori di questo editto con cinquanta monete di oro. Le nostre moderne leggi (309), e, prima di esse, le Canoniche (310), hanno sanzionato questi principii; ma oggigiorno la pena contro i trasgressori sarebbe in proposito la nullità dell' atto e non altra (311).

(309) Moto-Proprio di Gregorio XVI. art. 470.
(310) C. prohibentur, 14. causs. 2. quest. 1. c. quaeritur. 36. causs. 2. quest. 7.
(311) Moto-Proprio di Gregorio XVI. art. 408.

TITOLO XVII.

DELL' OFFICIO DEL GIUDICE

SOMMARIO

I. Costrutta Roma e sceltovi dagli abitatori il governo monarchico, fu fatto giudice il Sovrano. Fra sette re ch' ebbervi scettro, Servio Tullio fu il primo che per alleviare le cure annesse alla corona, creò de' magistrati pe' giudizi civili, riserbatisi solamente i criminali. Scacciati i re, nacque la dignità del consolato, la quale, fra gli altri poteri, aveva anche quello di giudicare. Ma come tal dignità in effetto sapeva troppo di regio, cominciò a non piacere; studiossi il modo di scemare le sue prerogative; fu partita in diversi offici, e tra essi ebbe luogo anche quello del Pretore.

II. Il Pretore non era giudice, ma giusdicente. Fra le molte sue prerogative era ancor quella di assegnare il giudice ai litiganti. A tal' uopo solea formare un elenco di quelli che da lui venivano eletti per fare le funzioni di giudice nell' anno della sua magistratura. Il giudice eletto non avea giurisdizione, ma semplice nozione. Conosciuta la causa e profferita la sentenza, terminava il suo officio; per l' esecuzione subbentrava quello del magistrato (312).

III. L' officio di giudice non era a que' tempi di sommo rilievo; e, per adempirlo a dovere, non era mestieri di quello studio profondo, lunghissimo, interminabile, a' giorni nostri necessario. La parte di diritto che è senza fallo la più difficile, si componeva dinanzi al magistrato; e il giudice non conosceva, se non che del semplice fatto secondo la formola dal Pretore assegnata. E sebbene fosse talvolta commessa al giudice anche la coguizione del diritto, questa non era in

(312) L. judex. 55. ff. de re jud.

conto alcuno paragonabile a quella che debbono avere i moderni giudici. Più volte osservammo che a' tempi dell' antica repubblica le leggi erano poche, concise, apprese sino dalla fanciullezza, adattate a' costumi del secolo, scritte in una lingua a tutti comune; e che però non era bisogno che un procuratore o un avvocato entrasse a suggerirne al giudice l' applicazione. Era quindi precluso il caso, tanto frequente a' giorni nostri, che la malizia o l' astuzia di un terzo venisse ad inorpellare le cose e imbrogliare l' animo de' giudici con un cumulo di sottigliezze.

IV. Distrutto l' Impero e caduta Italia in mano a' Longobardi, le leggi de' nuovi popoli non erano nè di tal fatta nè di tal numero, da metter pensiero al giudice la loro applicazione. Rotari fu il primo che ne fece una raccolta; ma com' esse erano poche, adattate a' tempi ed a' costumi, non oscurate da tante migliaia d' interpretazioni, potevano facilmente esser cognite a' giudici ed alle parti; e noi leggiamo in tutti gli storici imparziali di que' tempi che le liti si sbrigavano con somma sollecitudine, facilità ed esattezza. Ma perchè i Longobardi, per tenersi affetti i popoli da loro conquistati e quelli che di lor posta sceglievano il cielo d' Italia, permisero che ciascun suddito potesse vivere secondo la legge della sua nazione, può facilmente supporsi che ciò rendesse talvolta l' officio del giudice malagevole, mentr' egli veniva in tal modo costretto a conoscere i diritti che ciascuno poteva vantare in forza delle leggi del suo paese.

V. Checchè però ne sia della giurisprudenza di quel secolo, facendo il confronto dell' antica romana con quella che per Italia e tutta Europa si diffuse dopo l' invenzione delle Pandette, e che tuttavia, sempre più intricata e diffusa, persevera a' giorni nostri; non è punto da revocare in dubbio che l' officio degli antichi pedanei e degli antichi giureconsulti fosse mille volte più facile e più spedito che quello de' moderni giudici. Prescindendo che i romani non avevano una faraggine di migliaia e migliaia di leggi, parte obbliate, parte in vigore, parte dubbiose, che a ogni piè sospinto mettessero il giudice nella necessità di ricorrere a un' immensa biblioteca per ivi ricercare il probabile, non erano a que' tempi accadute tante vicissitudini, le quali, una moltitudine di cose nuove introducendo, presso che tutta l' antica giurisprudenza riformassero.

VI. Lasciando dall' un de' lati la rimarchevole, principale e generica differenza che oggigiorno abbiamo fra il diritto civile e canonico, i romani primieramente poco o nulla conoscevano la materia del-

le regalie; imperciocchè molte cose che a' nostri tempi sono di pertinenza regia, anticamente si riputavano di nessuno. I romani avevano leggi risguardanti gli sponsali e i matrimoni; ma oltre che dette leggi furono gran parte corrette dall' antico diritto Canonico, l' ultima disposizione del Concilio di Trento le rese quasi del tutto superflue ed inutili. E non è punto da mettere in dubbio che le moderne leggi concernenti tale materia siano di gran lunga più estese e profonde, contenendo esse una moltitudine di quistioni circa la computazione de' gradi, circa gl' impedimenti e circa la libertà del consenso, le quali furono agli antichi totalmente incognite. Abbracciata per unanime consenso de' popoli la consuetudine di Martino, la materia della dote sofferse mutazioni gravissime; e ritengo che totalmente estranee fossero agli antichi tutte quelle numerose, inviluppate e discordi opinioni e quistioni, messe in sul tappeto da' più recenti giuristi, per decidere il caso, in cui la dote tenga, o no, luogo di legittima. Ignoto a' Romani era il modo di testare per nuncupazione implicita, e l' uso della famosa clausula codicillare, la quale, mentre da una parte preserva i testamenti dal pericolo di nullità, rende dall' altra inutile non poche disposizioni di diritto, ed apre la strada a non pochi dubbi che prima di tal uso non potevano mai cadere in mente. Conoscevano i romani l' uso de' fidecommissi e delle sostituzioni; ma certo è che essi non posero il cervello a tortura fra il laberinto di quelle sottilissime quistioni derivanti dalla differenza e dalla complicazione delle interminabili sostituzioni fidecommissarie, introdotte dopo la decadenza dell' impero. Non erano a Roma maggioraschi, primogeniture, e retratti legali. Il traffico v' era poco apprezzato, nè conoscevansi allora i contratti di assicurazione, le lettere di cambio, i biglietti all' ordine, le società mercantili e quasi tutta la giurisprudenza commerciale. La legge delle XII. Tavole, gli editti del Pretore, le costituzioni de' principi e lo stesso diritto Giustinianeo contemplavano la materia delle usure; ma non presentavansi allora le odierne, delicate quistioni per costituire gli estremi del lucro cessante e del danno emergente. Eranvi leggi presso gli antichi che risguardavano il censo; ma il censo a que' tempi altro non era che una solenne descrizione degli uomini e de' beni, fatta per definire la parte de' tributi: l' odierno censo riservativo è di gran lunga diverso, e il consegnativo era loro totalmente ignoto; come del pari era ignota la maggior parte de' moderni contratti di cambio. Il sistema ipotecario de' romani non avea quel carattere di pubblicità, di cui venne dagli odierni costumi rivestito; e sebbene la natura della moderna i-

poteca sia la stessa dell' antica ipoteca, erano nulladimeno incognite a' Quiriti le solennità e formalità dell' iscrizione, della rinnovazione e della trascrizione; e molto maggiormente tutte quelle ardue quistioni che nascono dall' averle ommesse od usate, le quali formano oggigiorno una parte di giurisprudenza, quanto interessante, altrettanto malagevole e singolare. Nè Papiniano, nè Celso, nè tutti gli antichi prudenti conoscevano il registro degli atti, la voltura e l' estimo catastale. Con più accuratezza distinto da' progressi dell' umana civilizzazione il diritto pubblico dal privato, vennero su quello basati nuovi principii di scienza criminale, i quali scopersero la strada a nuove, rilevantissime quistioni, tratte dall' indole morale dell' uomo, non dalle leggi di Silla, di Cesare, e di Augusto. Ignoto a' Romani era il processo inquisitorio; ignota la maggior parte di tutte le odierne quistioni di procedura riguardo la competenza de' magistrati nel foro laicale; e totalmente ignote le quistioni più riguardevoli tra il foro laicale e l' ecclesiastico; ignote le quistioni derivanti dall' odierno giuspatronato; ignota la materia de' beneficii, delle elezioni e tante altre cose e materie che forse troppo lungo sarebbe esaminare.

VII. Ma il decorso del tempo, il quale, cangiando i costumi, dee per necessità cangiare anche le cose, operò nella giurisprudenza mutazioni anche più rilevanti. Fu altrove osservato che ne' primordi di Roma non erano leggi scritte, mentre tutto si amministrava dal re o dal senato secondo il senso naturale di giustizia (313). Scacciati i re, in odio del nome s' abolirono le leggi loro; e il popolo per quasi vent' anni di spazio si regolò assai meglio con le proprie consuetudini, che con certe leggi (314). Di pubblica autorità creati i Decemviri, si pubblicò la legge delle XII. Tavole, la quale, benchè succinta e concisa, venne da Cicerone anteposta a tutti i libri di filosofia (315). Scritte e promulgate le leggi, si cominciò a richiedere per l' interpretazione l' autorità de' prudenti (316). L' autorità de' prudenti a' tempi di Augusto ebbe forza di legge. Uscì un cumulo di responsi, e la giurisprudenza venne aumentata. Trasferita per opera della politica di Tiberio l' autorità del popolo ne' padri, uscirono i decreti del senato e le costituzioni de' Principi. Da quell' epoca la giurisprudenza cominciò a farsi più diffusa, e, com' è presumibile, non

(313) L. 2. §. 1. ff. de orig. jur.
(314) D. l. 2. §. 3.
(315) D. l. 2. §. 4.
(316) D. L. 2. §. 5.

esente da contraddizioni; mentre le anteriori leggi di un governo popolare non potevano in tutto convenire alle leggi di un governo monarchico; e d' altronde le presenti cognizioni del secolo non potevano in tutto convenire, al rigore, allo spirito. alla rozzezza, e, dirò anche, alla semplicità de' precedenti costumi. Il che ci dimostra apertamente l' esempio de' Pretori, i quali ne' loro editti cominciavano, benchè sotto qualche specioso pretesto, a recedere dalle antiche leggi. È indubitabile che fra tante parti di diritto scritto, nate in circostanze e tempi differenti, la giurisprudenza fino da quell' epoca cessasse di essere uniforme, e si rendesse un po' difficile nell' applicazione de' casi particolari. E questo pure ci viene abbastanza dimostrato dalle antinomìe che spesso si rilevano ne' responsi de' medesimi giureconsulti di que' tempi. Imperciocchè, considerata la storia e le vicende del mondo, io non mi sappia così facilmente persuadere che que' responsi siano immuni di contraddizioni, come tanti famosi ingegni tentarono dimostrare, proponendo erudite conciliazioni, le quali da altri non minori ingegni vennero poscia confutate o in altro modo sostenute. Ammettere che in una giurisprudenza poco per volta nata e cresciuta in tempi e circostanze diverse non siavi contraddizione. gli è lo stesso che ammettere che le circostanze e i tempi siano stati sempre i medesimi; e che gli uomini, rimanendo sempre nello stato delle prime loro cognizioni, non abbiano progredito nell' incremento della civiltà e della ragione. Se v' ha alcuno che, letta la storia, e specialmente quella de' Romani, possa sostenere quest' assurdo, saprò di buon grado persuadermi del contrario. È ciò non ostante presumibile che l' officio di giudice non esigesse tuttavia gran studio, mentre la parte di diritto seguitava a comporsi innanzi al magistrato; e, d' altronde, qualora occorresse qualche difficoltà nell' applicazione, era de' prudenti il dichiararla, dalle cui risposte od interpretazioni, almeno a' tempi dell' impero, non potevano i giudici allontanarsi; che anzi il giudice, per ogni miglior fine e per meno imbarazzo, soleva nel conoscere delle cause scegliere uno o più giureconsulti, i quali nell' ufficio l' assistessero (317). Non era adunque mestieri che il giudice per applicare la legge avesse ricorso a un arsenale di biblioteca, la quale per avventura servisse più a confondergli che a istruirgli la mente; mentre, come attestano gli storici, la maggior parte de' libri consisteva allora in qualche volume, dove erano raccolte e registrate le risposte de' giureconsulti. Ma traslocata

(317) Sigon. de Jud. lib. 1. cap. 28.

la sede dell' impero in Oriente, lo stato della giurisprudenza cambiò aspetto. Le grandi mutazioni avvenute in fatto di costumi, di governo, di religione, di politica e di popoli, recarono per se stesse di conseguenza mutazioni di leggi. In processo di tempo ne venne una faraggine, e i libri di giurisprudenza cominciarono a piovere. Tutto questo accadeva prima della compilazione di Giustiniano. Tuttavolta non è da credere che i libri di giurisprudenza fossero allora in quella smisurata mole, nella quale oggigiorno pervennero. Se prima piovevano, in appresso tempestarono. Non eranvi allora nè trattatisti, nè controvversisti, nè decisionisti. Il suono di questi nomi, almeno quanto alla giurisprudenza, fecesi udire dopo ritrovate le Pandette e il Codice. I primi Interpreti che posero le mani su questo sacro deposito dell' antichità, volendo in parte acconciarlo a' costumi del secolo, si dettero a commentarlo: in appresso si conobbe che il diritto Giustinianeo non si poteva apprendere senza lo studio della storia romana, e si volle illustrarlo. Nacque conflitto di opinioni, moltitudine di quistioni, abbondanza di scritti, distinzione di gradi. Nella dissensione de' pareri si ricorse all' uso del foro: conosciuta la necessità di ricorrere a tal fonte, si fecero delle raccolte e vennero in uso le decisioni de' Tribunali. Comparve allora nella scena del teatro legale una moltitudine di personaggi a rappresentare le parti loro. Vennero i repetenti, i commentatori, i glossatori, i consulenti, i controvversisti, i forensi, i pratici, i trattatisti, i decisionisti, i compilatori de' repertori, i raccoglitori delle opinioni, e tanti altri che per brevità ommettiamo. Viddersi con somma eleganza le ampliazioni, subampliazioni, limitazioni, sublimitazioni, eccezioni, conchiusioni, e tanti altri vocaboli, che prima nella nostra materia erano ignoti. Dalla moltitudine e fecondità di tanti personaggi, nacque una sterminata fecondità di libri, ne' quali sempre con fatica; non mai senza studio. lunghissimo, gravissimo; spesso con noia; e talvolta senza costrutto, è necessitato di ricorrere quell' odierno giudice che ama di rettamente adempiere a' doveri del suo ufficio.

VIII. Indi è che l' esimio De Luca, facendo il confronto dello stato dell' attuale giurisprudenza con quello dell' antica de' romani, giudiziosamente osserva che, prescindendo dalle dispute accademiche, gli antichi giureconsulti, se fosse loro dato risorgere, farebbero oggigiorno in foro molto meschina comparsa; e che se a' tempi di Giustiniano per lo studio di diritto reputavansi necessari quattro anni di spazio, nell' odierna giurisprudenza, serbando una debita proporzione, farebbe mestieri lo spazio di dodici. Ed è cosa veramente singolare

III. Da tutto quello che abbiamo detto nel principio del presente titolo appare chiaro abbastanza la differenza che corre fra lo stato dell' antica e moderna giurisprudenza. Allorchè il giudice era strettamente obbligato a giudicare secondo le leggi scritte, senza potervi in conto alcuno recedere sotto il pretesto di equità; mentre queste leggi scritte, essendo adattate a' costumi del secolo, in una giusta quantità, non rese ambigue dal decorso di tanti anni, dalla copia di tanti scritti, dalla contraria consuetudine di ciascun luogo, dalla diversità delle opinioni e de' giudicati, potevano sempre e di leggieri essere presenti alla mente del giudice, si poteva ugualmente ammettere che una sentenza proferita contro l' aperta loro sanzione fosse nulla, e nulla in modo, che per rescinderla non fosse bisogno dell' appello. Ma cambiato lo stato della giurisprudenza si cambiarono anche i principii. Sulla qual mutazione non poco influì l' essersi fatto della giurisprudenza anche un' arte particolare di procedura. Secondo i costumi e le leggi di tutte le nazioni, abrogata la disposizione del diritto romano e Giustinianeo, fu ammesso nell' uso del foro che qualunque sentenza, comecchè nulla ipso jure, si dovesse entro il tempo utile rescindere coll' appello, qualora fosse profferita in primo grado; e col rimedio straordinario della restituzione in intiero, qualora, proferita in secondo e terzo grado, fosse passata in cosa giudicata (319). E con questi principii si regola og-

i Tribunali ne' casi pratici, per seguire una specie di equità, sostennero e chiarirono validi tali contratti, qualora in essi fosse l' utile della donna, la causa pia o il giuramento. Queste cause convalidavano i contratti anche prima che si pubblicasse la suddetta costituzione; dunque, com' è chiaro, riducendo esse le cose nel primo stato, consideravasi la costituzione di Benedetto come se al mondo non fosse. Cessata l' invasione Francese, nella ristaurazione del governo Pontificio, l' immortale Pio VII. e i Pontefici posteriori, si viddero necessitati di richiamare in vigore la costituzione Benedettina; e per togliere a' giudici ogni specioso pretesto di malintesa equità, e deludere la legge, chiaramente stanziarono niun titolo o causa, quantunque espressa; e neppure il giuramento che si presume estorto, dover convalidare i contratti dei minori e delle donne, ove siasi trascurato l' adempimento di tutte o di alcuna delle solennità prescritte dalla legge. Ora se per qualche titolo, giusto o ingiusto qualunque siasi, sotto colore di equità si ammettesse la validità di un contratto di donna o di minore, mancante di tutte o di alcuna delle solennità dalla legge prescritte, non sarebbe egli un deludere il saggio proposito del legislatore, e rendere inutili le sue sanzioni? Nulladimeno, anche dopo la pubblicazione de' suddetti moti propri, non mancano decisioni di Tribunali, i quali ne chiarirono l' efficacia.

(319) Cristin. vol. 1. Decis. 16. n. 6. Ant. Fabbr. Cod. suo for. lib. 7. tit. 27. def. 13. Gudelin. de jur. noviss. lib. 4. cap. 15. Mynsing. cent. 1. obs. 27. Imbert. pract. civ. et crim. l. 2. c. 6. n. 7.

gigiorno la nostra procedura e quella di quasi tutte le vigenti legislazioni (320).

(320) Presso la maggior parte delle moderne legislazioni la sentenza, ancorchè contraria alle leggi, passa in forza di cosa giudicata tra le parti, qualora non siasi ricorso in tempo utile all' appello, se venga pronunciata in prima istanza; o in cassazione, se in ultima istanza. L' unica differenza che passa tra simile sentenza e il mal giudicato si è, che la prima, anche quando è profferita in ultimo grado, può essere impugnata nel Tribunale di cassazione, o, presso noi, in quello di Segnatura; laddove il semplice mal giudicato in ultimo grado non è più impugnabile.

TITOLO XVIII.

DE' GIUDIZI PUBBLICI

SOMMARIO

I. La società, come altre volte osservammo, nacque con l' uomo. Con l'uomo nacque parimenti il delitto e la pena. Ma le prime società furono meramente naturali, non politiche. La distinzione del grado non veniva allora formata per discendenza o per rango; ma solo dall' autorità che ciascuno si era potuto acquistare col mezzo delle sue forze fisiche. Chiunque col proprio valore fosse salito in fama di prode, avea gran copia di vassalli e clienti. Questi, dipendendo in certo qual modo da' comandi di lui, vivevano nella sua subbiezione; e formavano, per così dire, una specie di tribù, della quale egli era l' anima e il capo. Come il potente prevale sempre sul debole, e spesso si arroga la parte di protettore e padrone, così questo capo era per lo più giudice ne' delitti commessi da' medesimi. Ma la cognizione ch' egli ne poteva assumere, non aveva alcun sembiante di processo giudiziario, mentre ciò avrebbe di gran lunga superato la barbarie di quei tempi. Egli entrava di mezzo a sopire le discordie più presto come mediatore, che come ministro della giustizia Lo scopo della pena non era allora il risarcimento di un' offesa pubblica, ma di un' offesa privata; e il sentimento che vi era annesso, era quello della vendetta, non quello del pubblico esempio. E perciò qualunque azione avesse fatto tacere nell' offeso cotesto sentimento, reputavasi bastante, perchè la pena avesse sortito il suo effetto. Quest' azione, per ordinario, consisteva in un dono offerto dall' offensose per placare lo sdegno dell' offeso; e la qualità e quantità del dono medesimo, come è presumibile, dovea essere rimessa alla discrezione del capo; mentre, in caso diverso, sarebbe stato sempre in arbitrio del-

l' offeso di ricusare la pace; esagerando le sue pretensioni. È parimenti presumibile, che, come era interesse particolare del capo di non minorare con le vendette il numero de' suoi protetti o vassalli; così egli, per ridurli a concordia, facesse uso di tutte le persuasioni e talvolta anche della coazione.

Seguitando le traccie degli antichi tempi e quanto dalla storia de' medesimi possiamo rilevare, apprendiamo che le cose non si spacciavano con altrettanto di speditezza, allorchè l' offesa era avvenuta fra' capi stessi. In cosiffatto caso non poteva entrare di mezzo la cooperazione di un potente, il quale, facendo uso della sua autorità, valesse a ridurre le parti in concordia; mentre in esse non era timore nè bisogno che la persuadessero. L' offesa non si poteva togliere altrimenti che con la pugna; ed è probabile che, avendo i capi acquistato nome di prode mediante il loro valore, ritenessero di scapitare dalla propria dignità, proponendo o accettando la pace per via di doni o intercessioni. Ma la medesima loro dignità dovea necessariamente renderli superbi di misurare le proprie forze in campo aperto a veggente di tutti. Il tradimento palesa la debolezza, e la viltà di quello che teme di affrontarsi apertamente con l' inimico: i forti non solamente evitavano di ricorrere a questo mezzo; ma si recavano a gloria di far pompa di una lealtà nobile e generosa. Venivano a tale effetto destinati il luogo, il tempo, le armi; e poco per volta s' introdussero parecchie altre formalità, le quali, per così dire, presentavano l' imperfetta idea di un processo giudiziario. La superstizione facea supporre che la Divinità, prendendo parte nella gara, proteggesse quel combattente che avea dal suo lato la ragione, e perciò il vincitore riputavasi sempre favorito dalla giustizia. Fino da quell' epoca presero origine le pugne giudiziarie, l' uso delle quali, come altrove osservammo, tornò a pullulare in Europa dopo la decadenza dell' impèro.

II. Quando le nazioni erano tuttavia nell' infanzia, la ragione non poteva avere ancora ottenuto l' intero sviluppo, e perciò trovavasi ella in tutto incapace di quell' argomento logico che, unendo il calcolo de' più remoti rapporti, ci guida poco a poco alla conoscenza del vèro. Una giustizia spedita che presentasse in qualsivoglia modo la riparazione dell' ingiuria, era più conforme alle semplici idee del tempo. Il processo giudiziario è un effetto del raziocinio; il raziocinio è la combinazione di tante separate verità che si uniscono per argomento. Siffatta combinazione esige l' operazione di una mente calcolatrice, e pienamente sviluppata. Allorchè la mente degli uomini era ancora avvolta nel velo della barbarie, trovavasi necessariamente nel-

l' impotenza di scendere a tale operazione. Mancando i veri mezzi legali, era naturalissimo che gli uomini facessero uso di quei mezzi che a' loro costumi totalmente si addicevano, e che da loro per giusti si riputavano. Ma come prima le nazioni da barbare divennero gentili, e stabilirono un moderato governo, si conobbe che per garantire la libertà civile era assolutamente necessario un processo giudiziario, il quale fosse regolato dalla certezza delle leggi, non dall' arbitrio di un capo. Fra' popoli più antichi il primo a stabilirlo fu senza dubbio l' ebraico. L' indole del processo era accusatoria. Chiunque del popolo poteva accusare; e l' accusatore medesimo forniva le prove, istruiva i giudici, ricusava i testimoni, e soggiaceva a quella stessa pena che sarebbe stata irrogata al colpevole, qualora fosse stato soccombente (321). Questa maniera di procedere, benchè in qualche parte svariata, passò dagli Ebrei a' Greci, e da' Greci a' Romani. Ma le vicende de' tempi, la mutazione de' costumi le recarono tante e tali alterazioni che poco per volta la cangiarono, finalmente l' abolirono. E quello che più merita rimarcarsi è che dal suo seno nacque via via un' altra maniera di procedere, totalmente opposta, la quale cresciuta nella distruzione della prima, fatta oggigiorno robusta ed adulta, regola i criminali giudizi presso la maggior parte delle moderne legislazioni.

III. Ne' primordi della romana repubblica un popolo tuttavia rozzo e selvaggio, composto di malviventi, i quali s' erano eletto un capo che loro aveva dato ricovero, e li guidava a pascere il maltalento nelle rapine e nel sangue, non poteva non amare la ragione della violenza, col farsi giustizia con la spada in mano. Non erano allora certe leggi, le quali prescrivessero una certa forma a' criminali giudizi; e, per lo più, la forza e le armi decidevano qualunque controversia. Allorchè la civilizzazione cominciò a trovare qualche asilo in mezzo alla fierezza e allo spirito bellicoso de' romani, anche il governo prese un ordine più regolare. Le cause civili e criminali erano sul principio decise dai re, senza formalità e senza processo. Scacciati i re, subbentrarono i consoli: minorata l' autorità consolare, per mezzo della legge Sempronia la potestà di giudicare fu riserbata al popolo ne' comizii centuriati. Il popolo, divenuto sovrano, si ritenne il potere legislativo, lasciando l' esecutivo a' Consoli, il giudiziario a' Pretori e Quesitori. Sino dal tempo che il governo aristocratico piegò in democratico, essendo spesso difficile il convocare il popolo, solevasi in

(321) Deuter. XIX. 16. 18. 19. et 21.

qualche occasione delegare l' impero a' Pretori e Quesitori; ma istituite le quistioni perpetue, venne loro delegato annualmente (322). Fu quella l' epoca che le leggi dettero al processo un ordine indispensabile, e stabilirono le formalità e le distinzioni de' giudizi.

Furono i giudizi divisi in pubblici e privati. Giudizi pubblici, dei quali trattasi nel presente titolo, si chiamarono quelli in cui l' ordine, la forma, la qualità e la quantità delle prove era dalle leggi stabilita (323): i privati, all' opposto, non avevano certa, nè stabile forma. Col nome di pubblici giudizi volevasi designare che l' azione criminosa, in essi dedotta, era di quelle che offendevano direttamente lo stato: ne' giudizi privati si conosceva di quelle azioni criminose che offendevano i diritti de' privati cittadini (324).

IV. I pubblici giudizi si aprivano con la citazione del reo. La citazione intimava di comparire innanzi al Pretore, capo del giudizio. Qualora il reo non avesse dato mallevadori per la sua comparsa, poteva esservi tratto a forza. Comparse entrambe le parti, l' attore con un formale libello proponeva l' accusa (325). L' accusa era carica pubblica; e, come l' accusatore riguardavasi qual magistrato, molti ambivano l' onore di poterla promuovere. Nel caso di più accusatori, se fra essi non avessero convenuto di agire in comune, si dava luogo a un giudizio preliminare, col quale si decideva a cui dovesse accordarsi la preferenza (326). Il libello prestato dall' accusatore conteneva l' accusa (327): in essa dichiaravasi il delitto, e la pena dalla legge a tal delitto irrogata: il libello conteneva eziandio l' obbligazione dell' accusatore di perseverare nell' accusa sino alla sentenza finale, e la sua responsabilità di dover soggiacere alla pena minacciata all' accusato, qualora l' accusa traesse da calunnia (328).

Se l' attore non aveva alcuna macchia, nè il reo alcun privilegio che impedisse l' accusa, il magistrato riceveva il libello: questo veniva tosto trascritto in un codice, e il codice si esponeva al pubblico (329). Ciascuno poteva leggere in esso il nome, il delitto e la

(322) Einecc. Antiq. Rom. Inst. lib. IV.
(323) L. 1. ff. de pubbl. iud.
(324) Veggasi quello che abbiamo detto nel princ. del tit. I. n. 2. di quest. lib.
(325) Quest' atto chiamavasi *dilatio nominis*, *dilatio criminis*.
(326) Tale giudizio preliminare s' appellava *divinatio*.
(327) *Professio*, *et inscriptio in crimen*.
(328) *Subscriptio in crimen*.
(329) *Recipere nomen rei*, *referre inter reos*.

pena del reo. L'obbrobrio di tale pubblicità non cessava, se non quando fosse stato cancellato dall' assoluzione o dall' abolizione (330).

Eseguita questa cerimonia, se l' accusato era presente e fosse comparso nel giorno prefisso, si deveniva alla scelta de' giudici: la scelta si eseguiva estraendone a sorte i nomi dall' urna. Tantó l' accusatore che l' accusato avevano facoltà di allegarne per sospetti quanti fosse loro paruto e piaciuto. Se l' accusato era assente, citavasi per tre mercati consecutivi, i quali si celebravano di nove in nove giorni (331). La citazione si eseguiva, affiggendo l' ordine nel foro (332). Scelto il numero de' giudici dalla legge richiesto per emanare il giudizio, il reo poteva sull' istante proporre l' eccezioni dilatorie: se niuna ne avesse proposto, avea luogo l' interrogazione: l' accusatore dimostrava la sua intenzione, ossia l' accusa; il giudice dimandava l' accusato se avesse infranto la legge. Se il reo confessava, il giudizio era terminato; se negava, o proponeva eccezioni, succedeva la contestazione della lite, si apriva il giudizio, e cominciava la guerra civile.

Dopo questo tempo da entrambe le parti era continuo movimento; il reo per disporsi a difesa, ed evitare la pena che gli sovrastava sul capo; l' attore per proseguire l'accusa e rimuovere la pena minacciata a' calunniatori. Acciocchè tanto l'uno che l' altro avessero facoltà di procacciarsi tutti que' mezzi di prova che loro potessero giovare, davasi ad entrambi un termine. In forza della legge Licinia e Giulia il termine abbracciava lo spazio di trenta giorni: tuttavia, secondo le circostanze, poteva essere prorogato o diminuito.

Ne' trenta giorni di spazio concessi all' accusatore egli non faceva che istruire il processo, assumendo, a un dipresso, le parti degli odierni inquisitori. Per evitare ogni pericolo di frode era in facoltà del reo di apporgli un custode, il quale continuamente sorvegliasse la condotta di lui. Decorso il termine suddetto, succedeva il giorno destinato all' accusa (333). Il banditore citava accusatore e reo. Mancando il primo, punivasi straordinariamente in forza del S C. Turpilliano: mancando il secondo, i suoi beni annotati venivano; dopo l' anno si confiscavano. Comparendo entrambi, l' accusatore, assistito da' suoi avvocati, proponeva di nuovo l' accusa; il reo, assistito da' suoi difensori, la difesa.

(330) *Eripere, eximere, subtrahere ex reis.*
(331) *Trinundium.*
(332) *Per edictum.*
(333) *Dies praedicta.*

Come apprendiamo da Cicerone e da tutti gli storici degli antichi tempi, l' accusa e la difesa erano divise in due parti: la prima chiamavasi altercazione; la seconda, orazione continua. L' altêrcazione comprendeva la rassegna delle prove; l' orazione continua, la perorazione. Con quella l' attore e il reo producevano i propri testimoni, i documenti, gl' indizi; interrogavano, rispondevano a vicenda, si confutavano: con questa gli oratori con tutta l' arte dell' eloquenza la fede de' testimoni, pur dianzi confusi, indebolivano; le prove contrarie ribattevano, le proprie commendavano.

La discussione della causa si faceva in più giorni. Nella prima discussione si conteneva la prima azione. Chiamavasi prima azione quella, in cui la facoltà di parlare pel primo era riserbata all' attore. Nella seconda discussione contenevasi la seconda azione, ossia quella, in cui prima dell' attore parlava il reo. In un' epoca, in cui la maggior parte dell' esito del giudizio dipendeva dall' eloquenza e dall'impressione che lasciavano le parole sull' animo del giudice, l' essere primo a dire non era cosa di lieve vantaggio. La seconda azione non era in sostanza che una dilazione della causa al giorno susseguente (334); e se questo non fosse stato per avventura bastante, si prorogava il terzo, il quarto ec. finchè la causa non fosse stata decisa.

Sotto il nome di seconda azione o comperendinazione i romani comprendevano anche la dilazione oltre il secondo giorno; e perciò il nome di seconda azione significava sempre l' ultima azione della causa, la quale era la definizione del giudizio. Questa, qualora i giudici non avessero manifestato la loro incertezza col *non liquet*, traevasi a capo con la condanna o con l' assoluzione. La formola *non liquet* sospendeva, non definiva il giudizio. In questo caso si prolungava l' azione; e il pretore, a suo arbitrio, concedeva le nuove dilazioni, e stabiliva que' giorni che gli parevano più comodi per l' ulteriore discussione della causa.

V. Finchè non cadde la repubblica, il processo criminale de' romani si mantenne sempre in tal modo. Gli storici osservano però che anche in que' tempi, sebbene di rado e abusivamente, s' introdussero in qualche caso le traccie dell' inquisizione. Della qual cosa allegano in esempio la congiura di Catilina, nella quale il console Cicerone, ricevuta la secreta denuncia, procedette da inquisitore, investigando sopra i sospetti, facendo arrestare gli ambasciatori, acquistando le prove, raccogliendo le lettere, gl' indizi, e carcerando i

(334) *Comperendinatio, dilatio in perendinum.*

rei. Certo è però, che, da questo fatto in fuori, non v' ha forse altro esempio, se togli quello di Bruto, pel quale possa dimostrarsi che i romani a' tempi della libera repubblica recedessero da' loro antichi principii. Ed è notabile che la condotta dell' oratore di Arpino venne altamente in pieno senato biasimata da Giulio Cesare; e questa, poco tempo appresso, gli ebbe a cagionare l' esiglio. Ma caduto il governo popolare e sorta la monarchia, furono parimenti cambiati i giudici de' delitti e la forma de' giudizi. In Roma la cognizione de' delitti fu riserbata al Prefetto della Città e a quello del Pretorio (335); nelle Provincie al Preside e al Proconsole (336). Tanto gli uni che gli altri erano giudici irrecusabili, in quella stessa maniera che a' tempi della libera repubblica erano irrecusabili i Pretori. E ciò per questo, che reputavasi poco decente che i privati potessero ricusare que' maestrati che avevano dalla legge ricevuto giurisdizione e impero.

Come cambiarono i giudici de' delitti, così cangiò anche il sistema de' giudizi. Il processo accusatorio prese una piega all' inquisizione. Oltre i Presidi, cui era specialmente affidata la cura di prendere informazione de' gravi delitti commessi nella loro provincia (337), furono stabiliti anche alcuni particolari magistrati, cui, come a' pubblici inquisitori, fu commesso di coadiuvare i Presidi nella persecuzione de' medesimi. Chiamavansi questi Irenarchi, Curiosi, Stazionari. Officio loro era quello di percorrere le provincie; e, dove trovassero gravi delinquenti, prenderne segreta informazione, arrestarli, interrogarli e compilarne il processo (338). Il processo, chiuso e suggellato, veniva, unitamente agl' inquisiti, rimesso a' Presidi delle provincie, o a' Prefetti della Città, perchè contro a' medesimi procedessero.

Appena la giurisdizione criminale fece passaggio dal popolo al senato e dal senato agl' imperatori, il dispotismo e l' arbitrio corsero unitamente a rendere deplorabile la condizione de' tempi. Le pessime qualità de' successori di Augusto non potevano a meno di renderli odiosi al popolo; e come quest' odio era troppo palese, così dovea necessariamente rendere sospettosi que' Cesari che spesso salivano un trono reso vacante dal capriccio di una turba di soldati, e tuttavia bagnato dal sangue del loro antecessore. Il sospetto cagiona-

(335) L. 1. ff. de off. Praef. urb. Iuven.. Sat. 13.
(336) L. 3. 4. 6. ff. de off. Praesid. l, 9. ff. de off. Proc.
(337) L. 13. ff. de off. Praesid.
(338) *Elogium*.

va la diffidenza, la diffidenza il timore. Le grandi vicende e i cambiamenti in breve avvenuti nel governo di Roma non potevano a meno di offerire materia a' giornalieri discorsi, e farsi pascolo di nuove opinioni. In questo stato di cose era naturale che si procurasse d' indagare e scoprire quali fossero i pensieri e le opinioni dominanti, fiduciando di basare la propria sicurezza sopra l' inquisizione. Chiunque avesse ambito onori e ricchezze, traendo partito dalla timidità di un imbecille monarca, potea facilmente conseguirli con la ruina altrui. Alla pubblica accusa fu mischiata la segreta denuncia; un atto iniziativo di processo inquisitorio si collegò mostruosamente al processo accusatorio.

Compilato il processo e tradotto il colpevole innanzi al Preside o al Prefetto, cominciava il giudizio. L' Irenarca faceva da accusatore (339) e in processo di tempo, sotto l' impero di Adriano, venne all' Irenarca accoppiato anche l' avvocato del fisco. Da questi cambiamenti in fuori, nel resto il processo si compilava come a' tempi della repubblica, e però non giova ripeterlo.

VI. Caduto l' impero, l' Italia divenne il teatro della guerra. I barbari, spegnendo con la spada l' arte e il commercio, seppellirono leggi e giudizi. Il governo divenne tutto militare; nacque il sistema feudale. Nella mente di que' popoli rozzi, intenti solo a rassodare le recenti conquiste, non poteva essere attitudine a giudicare regolarmente, e nella loro ignoranza fecero ricorso alla Divinità per implorare de' lumi. Tacendo leggi e giudizi, vennero in uso le pugne giudiziarie, conosciute sotto il nome di purgazioni volgari. Nulladimeno, perchè, come altre volte osservammo, tanto i Longobardi, che i Franchi, consentirono a' popoli da loro soggiogati di poter vivere secondo le leggi del proprio paese; la memoria dell' antico diritto non fu totalmente spenta, e rimase qualche immagine degli antichi giudidizi. Quando la potestà de' nuovi padroni si vidde finalmente stabilita, e il governo prese una forma più regolare, si pose in pratica l' esempio di quelle antiche consuetudini, dagli Ecclesiastici specialmente mantenute, e l' uso de' combattimenti legali fu più ristretto. I pubblici giudizi erano presieduti da' Conti e da' Marchesi, ossia da' Governatori delle Città, i quali esercitavano l' autorità giudiziaria col tenere di quando in quando i *malli*. Sotto il nome di malli si comprendevano i pubblici giudizi, a differenza de' *placiti*, i quali s' istituivano per qualche lite particolare. Venivano i Conti ed i Marchesi as-

(339) L. 6. ff. de cust. et exib. reor.

sistiti dagli Scabini, Sculdasci ed altri giudici minori: la sentenza dovea profferirsi col loro consiglio. Il processo era tutto accusatorio. Citavasi il reo mediante un bando, acciocchè comparisse innanzi al giudice (340). Comparso il reo, l'accusatore, chiesto il permesso, pronunciava l'accusa (341). Se il reo negava o proponeva l'eccezione, contestavasi la lite (342). Per ordinario nel medesimo giorno s'udivano i testimoni, l'accuse e le discolpe: in difetto di mezzi di prove, ricorrevasi per necessità al giudizio di Dio.

VII. Ma gli Ecclesiastici intanto, massime quelli di Roma, i quali, come sopra osservammo, vivevano con le antiche consuetudini, studiando a tutto potere di promuovere la regolarità de' giudizi, apertamente contro le purgazioni volgari predicavano. Era però malagevole di togliere un uso da qualche tempo costantemente osservato, laddove nella mente de' popoli stava radicata l'opinione ch' e' fosse giusto e legittimo. Pensarono i Pontefici d'introdurre un mezzo più consentaneo alla mansuetudine de' Cristiani, il quale ne facesse la vece; e sostituirono le purgazioni Canoniche.

Il ritrovamento delle Pandette e del Codice di Giustiniano fu l'epoca memorabile che ristorò in Italia e per tutta Europa lo studio delle leggi da lungo tempo negligentato. Questa combinazione venne in acconcio per secondare le vedute de' preveggenti Pontefici, i quali si erano per lo innanzi già molto operati, affine di rimuovere al più possibile la barbarie del secolo. Si conobbe tosto la necessità di riformare i giudizi criminali; nè vi fu statuto che non li contemplasse. Il processo accusatorio degli antichi non parve più adattato alla forma degli attuali governi, e nemmeno alla diversità degli attuali costumi. Gl' Imperatori romani avevano già aperto il sentiero al sistema d'inquisizione; Federico II. l'aveva adottato (343). A imitazione della denuncia Evangelica, i Sommi Pontefici, prendendo il diritto d'inquirere dal Vangelo, sostituirono all'accusa la denunzia civile. In questo modo ebbe origine e vita il processo inquisitorio; il quale sarebbe forse stato meno biasimato, se la soverchia manìa pel diritto romano, non avesse fatto applicare al medesimo i principii totalmente opposti dello spento processo accusatorio; donde poi ne nacquero tutte quelle feroci opinioni, quelle discordi ed assurde dottrine, che ne' secoli decorsi miseramente l'umanità lacerarono.

(340) Leg. Long. lib. 2. tit. 44.
(341) Leg. Long. lib. 2. tit. 53.
(342) Leg. Long. lib. 2. tit. 21.
(343) Con la costituzione *inquisitiones*.

§. Publica autem, 1.

SOMMARIO

Surrogazione del Procuratore fiscale al pubblico accusatore.

In Roma, dice l'autore dello spirito delle leggi, era permesso a ciascun cittadino di accusare un altro; ciò era stabilito secondo lo spirito della repubblica, ove ogni cittadino dee avere pel pubblico bene uno zelo illimitato; ove si reputa che ciascun cittadino tenga nelle sue mani i diritti tutti della patria. Sotto gl' imperatori si seguirono le massime della repubblica; e da principio si vidde comparire una funesta generazione d' uomini, una turba di delatori. Chiunque avea con molti vizi assai talento, un acume vile ed uno spirito ambizioso cercava un reo, la cui condanna potesse piacere al Sovrano. Questa era la strada per incaminarsi agli onori ed alle fortune. Cosa che fra noi non veggiamo. Abbiamo oggi una legge maravigliosa; ed è quella, la quale vuole che il Principe, stabilito per far' eseguire le leggi, costituisca un ufficiale in ogni tribunale, per investigare in suo nome tutti i delitti; di modo che fra noi è ignota la funzione dei delatori; ed in evento che si sospettasse che questo pubblico vendicatore abusasse del proprio ministero, si costringerebbe a nominare chi lo ha denunziato (344).

§. Publicorum, 2.

SOMMARIO

Abolizione delle pene che erano in uso presso i Romani.

I Romani distinsero i giudizi in capitali e non capitali, secondo la pena che in essi veniva irrogata. Pene capitali erano quelle che toglievano la vita naturale e civile; non capitali quelle che non toglievano nè l' una, nè l' altra. Le pene del primo genere si dividevano in due specie: in capitali di primo grado, e in capitali di secondo grado. La prima specie di pena conteneva il sacco di cuojo, pena che si applicava ai parricidi (345): la croce, pena ordinaria de' sediziosi e de'

(344) Esprit. des lois, liv. VI. ch. 8. Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. I. n. 2. di questo libro.

(345) L. 9. ff. ad l. Pomp. de parricid.

ladroni (346) : il fuoco, pena degli incendiari (347), talvolta de' sagrileghi (148), e finalmente de' supposti maghi (149): l' esposizione alle fiere (350), e il ludo gladiatorio (351). Quelle della seconda specie contenevano la condanna ne' metalli, la condanna alle opere metalliche, l' opera pubblica perpetua, e la deportazione. Le pene non capitali erano il marchio, l' amputazione delle membra, la flagellazione, la fustigazione, la rilegazione ed i vincoli.

Pene così barbare colarono tutte dalla legge Regia, dalle XII. Tavole, dalla tirannia de' Decemviri, e dallo spirito sanguinario di Silla. Dalla fondazione di Roma sino all' espulsione dei re, le leggi penali sono poco note; poichè, come osserva il Gravina, coloro che si dettero a credere di restaurare il Codice Papiriano, abbracciarono molte cose, le quali non reggono al confronto della critica storica. Il Carmignani però molto saggiamente opina che le leggi Regie fossero rigorose, dovendo elle servire a contenere una gioventù ardente, collettizia e insofferente di freno. Dall' espulsione dei re sino all' impero di Augusto furono atrocissime. Le leggi delle XII. Tavole, l'ambizione de' Decemviri, la ferocia di Silla, la politica di Cesare, e la codardìa di Augusto nulla trascurarono per basare il potere e la sicurezza col tormentare l' umanità. Gl' Imperadori succeduti ad Augusto non furono più umani de' loro antecessori. Solamente Costantino, per vedute di religione, abolì varie specie di supplizi; ma non trascurò di chiamare in vigore quelli che da' suoi antecessori erano stati aboliti (352). E Giustiniano?.. L' imbecille Giustiniano, osserva il Filangeri, non riflettendo alla diversità de' tempi e delle circostanze, mescolando senz' ordine e senza distinzione leggi che risentivano ancora dell' antica libertà della repubblica, con quelle che il più feroce dispotismo aveva dettate; mettendo accanto agli stabilimenti degl' Imperatori più umani, que' de' tiranni più fieri che insanguinarono l'impero, fece della giurisprudenza un caos informe, dove il filosofo ed il tiranno trovano ugualmente idee analoghe a' loro opposti principii (353).

(346) L. capitalium §. 15. l. 38. §. 2. ff. de poen.
(347) L. 9. ff. de incend. ruin. et naufr.
(348) L. 6. ff. ad l. Jul. pecul.
(349) L. 6. Cod. de malef. et mathemat.
(350) Veggasi il Cremani, lib. 1. part. 2. cap. 7. §. 5.
(351) Paolo, lib. 5. sent. cap. 17.
(352) Costantino abolì la Croce, ma richiamò in vigore la pena del sacco di cuojo abolita da Adriano. L. un. Cod. de his, qui par. vel lib. occid.
(353) Scienza della legislazione, tom. III. part. 1. cap. 9. Veggasi quello che abbiamo detto nel proemio di queste Istit. n. 2.

Il soverchio rigore di queste pene, tutte comprese nella compilazione Giustinianea, e in parte accresciuto dalla malvagia sottigliezza di *oscuri* e *privati interpreti*, contaminò sino a' secoli più recenti anche le meglio civilizzate nazioni Europee. Lode a que' genii immortali che scrissero altamente il vero, si abolirono; e nell' epoca felice, in cui viviamo, come a suo luogo dimostreremo, cosiffatti esempi di atrocità non oscurano il sacrosanto Codice delle leggi.

§. Publica autem, 3.

SOMMARIO

Abolizione della costituzione di Arcadio ed Onorio.

Giulio Cesare fu autore di questa legge, ed ebbe il suo nome. Augusto l' ampliò annoverando fra delitti di lesa maestà anche le contumelie contro il Principe, e la vendita ed effusione delle statue od immagini consacrate all' imperatore. Ottima disposizione, la quale confondeva e puniva della stessa pena la ribellione e l' irriverenza! Uscì finalmente l' infernale costituzione di Arcadio e di Onorio che decretava la pena di morte, la confisca di tutti i beni e l' infamia perpetua contro i rei di lesa maestà, contro tutti i loro complici, fautori, ministri e seguaci. Oltracciò, per ommettere gli altri capi di tale costituzione, la quale esamineremo più partitamente altrove, fu comminata perpetua inopia, infamia, e squallore contro i figli de' perduelli, dichiarati incapaci di qualunque eredità materna, avita ed estranea; di qualunque dignità, onore ed impiego, acciocchè la vita fosse loro un supplizio e la morte un sollievo. Questa legge ferocissima che fu parto della viltà di un empio ministro, ebbe vigore nel foro sino verso la fine del secolo XVIII. Oggigiorno è totalmente abolita (354).

(354) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 4. n. 1. 2. tit. XVII. lib. II. di queste Istituzioni.

§. Item lex Julia, 4.

SOMMARIO

I. *Pena dell' adulterio. Diritto romano, Canonico, odierno.*
II. *Pena dello stupro. Diritto romano, Canonico, e odierno.*
III. *Pena della sodomìa. Diritto romano, Canonico, e odierno.*

I. Quattro delitti contempla il presente paragrafo: l' adulterio, lo stupro commesso con vergine, quello commesso con vedova, e la sodomìa.

Quanto al primo, la legge Giulia il puniva con la rilegazione e con la perdita della metà della dote per parte della femmina; con la rilegazione e con la perdita della metà de' beni per parte del maschio (355). Costantino, per imitare la legge mosaica (356), stabilì la pena di morte, tanto all' adultero che all' adultera. Giustiniano sanzionò la legge di Costantino riguardo al maschio; riguardo alla femmina, stabilì si dovesse fustigare, e poscia chiudere in monistero: qualora il marito non l' avesse richiamata entro un biennio, se le dovevano recidere le chiome, e la pena della reclusione diventava perpetua (357). La pena di morte e la fustigazione sono oggigiorno abolite. I Sacri Canoni comminarono contro l' adultero che persevera nel suo delitto, la scomunica; e contro la femmina la reclusione, finchè il marito non la richiami a sè (358. La prima pena non è più in uso (359): la seconda, benchè di rado, tuttavolta è messa in pratica. Le odierne nostre leggi penali distinguono l' adulterio violento dal non violento: il primo è punito con la galera perpetua; il secondo con la galera di cinque anni (360). La pena civile è la separazione perpetua del talamo (361).

II. Quanto allo stupro non violento commesso con vergine, la legge civile romana puniva lo stupratore con la fustigazione, e con la rilegazione, se era persona di condizione meschina: con la pubblicazione della metà de' beni, se era di condizione civile. Il diritto

(355) Paolo, Sentent. lib. II. cap. 26. §. 13.
(356) Levit. XX. vers. 10.
(357) L. 30. Cod. ad l. Jul. de adult.
(358) C. intelleximus, 6. de adult. et stupr. et ibid. DD.
(359) Reiffen. Jus. Can. univ. lib. 5. tit. 16. n. 10.
(360) Reg. sui delitti e sulle pene, 20. Novembre 1832. §. 176.
(361) Ruota, nella romana, separationis thori, 29. Marzo, 1816. Odescalchi, §. 10. e nella Melevitana separationis thori, 4. Giugno, 1817. Serlupi, §. 6.

Canonico, abrogando le leggi di Giustiniano, permise allo stupratore di potere emendare il suo fallo, sposando a moglie la stuprata: ricusando il matrimonio, stabilì, dovesse rinchiudersi temporaneamente in monistero, per farvi penitenza (362). Quest' ultima pena non è più in uso, e quasi tutte le nazioni hanno adottato per massima di rimettere nella scelta dello stupratore di sposare la stuprata o di dotarla (363). Le odierne nostre leggi prescrivono che, qualora egli non scelga o l'uno o l' altro, sia punito con l' opera pubblica (364). Per lo stupro improprio, ossia quello commesso con vedova, qualora non concorra alcuna violenza; sono le stesse sanzioni dello stupro semplice.

III. L' ultimo delitto (che senza dubbio è il più nefando) era dalla legge Scabinia punito con la multa di diecimila nummi, se cadeva sopra giovani ingenui (365). La legge Giulia, riferita da Giustiniano in questo paragrafo, il puniva con l' ultimo supplizio. Il diritto Divino comminò la pena di morte (366). I Sacri Canoni fulminarono la scomunica, l' infamia, e permisero che la moglie potesse abbandonare il colpevole, non altrimenti che nel delitto di adulterio (367). Le pene sanzionate dal diritto civile non sono più in uso: ma se il reo non incorre nell' infamia pronunciata dalla legge, incorre però nell' infamia di fatto; prodotta dall' abbominio delle genti. Qualora il delitto sia consumato, le odierne leggi prescrivono la pena della galera in perpetuo (368).

§. Item lex Cornelia, 5.

SOMMARIO

Osservazione sopra i delitti esposti nel presente paragrafo.

Due, tacendo dell' omicidio, sono i delitti contemplati in questo paragrafo; il conato e la magia: ambedue puniti con la morte. Quan-

(362) Cap. 2. de adult. et stupr.

(363) Grozio, Introd. lib. 3. p. 35. Damhoud. prax. crim. cap. 92. n. 6. Clar. §. stuprum n. 3. Carmignan. Elem. jur. crim. lib. 2 §. 1110.

(364) Reg. sui delitti e sulle pene, 20. Sett. 1832. §. 168.

(365) Nani, ad Matth. vol. 3. pag. 93. n. 4.

(366) Levit. XX. vers. 13.

(367) C. Clerici, 4. de excess. praelat. c. infamis, 3. q. 7. arg. c. omnes, causs. 32. q. 7.

(368) Reg. sui delitti e sulle pene, 20. Sett. 1832. §. 178.

to al primo, il Vinnio attribuisce tale disposizione a Silla, quasi che con la gravezza della pena abbia avuto intendimento di atterrire. L'usurpazione unita alla tirannia cercava la sicurezza nel terrore e spiegava il potere nell' oppressione, e nelle pene. In quell' epoca di sangue e di stragi, l' azione criminosa consideravasi più presto col timore di un despota, che col danno sociale. La consuetudine generale di quasi tutte le nazioni di Europa deviò da questi principii (369), e la moderna giurisprudenza dispose che il conato, quantunque prossimo, non debba punirsi al pari del delitto consumato (370).

La romana legislazione erasi a più potere scagliata contro i delitti d' incantesimo, di magia, sortilegio, divinazione, stregoneria, augurio, interpretazione di sogni e cose simili. Le leggi regie, quelle di Silla, di Tiberio, di Claudio, del filosofo Alessandro e di Costantino ci danno a divedere i funesti effetti del fanatismo, accompagnato dalla ferocia e dal potere (371). La Francia e l' Inghilterra furono le prime a conoscere gli errori della superstizione: le rimanenti nazioni, non esclusa l' Italia, vi soggiacquero fino al secolo XVIII. I lumi della ragione e della religione squarciarono finalmente il velo dell' ignoranza: i nomi d' incanto, di magia, di sortilegio, di divinazione, di augurio, e simili, non hanno più luogo nel foro (372).

§. Alia deinde, 6.

SOMMARIO

I. *Del parricidio. Leggi di Silla e di Pompeo.*
II. *Legge di Costantino. Distinzione degli Interpreti.*
III. *Giurisprudenza odierna.*

L' uccisione di un uomo libero, qualunque fosse, venne dagli antichi, come attesta Plutarco, chiamata parricidio (373). Le leggi di Romolo, quelle di Numa, e dei re susseguenti nulla, avevano di

(369) Gudelin. de jur. noviss. l. 5. e 18. Perez. comm. in Cod. ad l. Corn. de Sicar. n. 5. 6. Sande. lib. 5. tit. 9. def. 11. Fabro, Cod. suo for. de poen. def. 20. Clar. §. fin. quaest. 92. Farinacc. prax. crim. quaest. 124. Vinnio, hic. Carmignani, Elem. jur. crim. §. 204.

(370) Carmignani, ubi supr. in not. n. 2. Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 8. tit. I. di questo libro.

(372) Carmignani, Elem. jur. crim. §. 721.

(373) Sigon. de judic. lib. 2. cap. 30.

particolare sull' uccisione di un congiunto, reputandosi forse da' legislatori che niuno fosse tanto perverso da macchiarsene le mani. Stoltissima presunzione, perocchè s' ebbe tal delitto co' primi figli dell' uomo. L' esempio fece in fatti conoscere anche a' Romani che la natura non era bastante a rimuoverlo. Lucio Ostio, guari tempo dopo la fondazione della città, cioè dopo la guerra d' Annibale, s'imbrattò le mani col sangue del proprio padre (374). Fu questo il primo parricidio che si commise in Roma. La novità del misfatto indusse i romani legislatori a comminare una pena, la gravezza della quale spaventasse. Si prefisse il sacco di cuojo. Battevasi il colpevole con le verghe e, così battuto, cucivasi in un sacco, ov' erano parimenti un cane, un gallinaccio, una vipera e una scimia: precipitavasi in mare o in un fiume più prossimo (375). Se il fiume o il mare non erano vicini, bruciavasi vivo, o si esponeva alle fiere (376). Questa pena venne per la prima volta applicata a un Publicio Malleolo uccisore della madre, dopo la guerra co' Cimbri, cioè l' anno di Roma DCXL (377). Da quell' epoca il vocabolo parricidio fu usato in un senso più ristretto per significare l'uccisione di quelle persone che ci sono, per sangue congiunte. La cognizione di tal delitto non era commessa a proprio, nè a perpetuo pretore. Lucio Cornelio Silla, supplendo a questa mancanza, istituì un pretore appositamente, cui ne fosse in appresso riserbata la cognizione in perpetuo (378); e non molto dopo Pompeo estese la sanzione dell' antica legge a chiunque avesse ucciso gli ascendenti, discendenti, collaterali e gli affini sino al grado quarto (379).

II. Sotto l' impero di Adriano si cambiarono principii. La mutata civiltà del secolo non permetteva di applicare una pena creata nell' ignoranza della barbarie: il sacco di cuojo fu abolito (380). Ma l' Imperatore Costantino il chiamò nuovamente in vigore (381); e, restringendo le disposizioni della legge di Pompeo, limitò il delitto di parricidio solo fra le persone costituite nella congiunzione della linea

(374) Sigonio, d. l.

(375) Hic et l. 9. princ. ad leg. Jul. de parricid. l. unic. Cod. de his, qui par. vel. lib. occid.

(376) L. 9. ff. de his qui par. vel. lib. occid.

(377) Sigon. d. l.

(378) Sigon. d. l.

(379) L. 1. princ. ff. ad leg. Jul. parricid.

(380) Einecc. Confer. Antiquit. Rom. lib. 4. tit. 18. §. 62.

(381) L. unic. Cod. de his, qui par. vel lib. occid.

retta (382). Indi nacque conflitto fra la legge di Costantino e di Pompeo. Quella, al pari della legge delle XII. Tavole (383), riteneva come parricidio l'uccisione degli ascendenti e discendenti: questa, anche l'uccisione de' collaterali e degli affini. Gl' interpreti, per conciliarle entrambe, opinarono che l'uccisione di un padre o di un figlio fosse proprio parricidio; quella di un fratello, di un affine o di un conjuge, improprio. Indi ebbe origine la distinzione, in giurisprudenza notissima, fra il parricidio proprio ed improprio.

III. Siccome con la venuta de' barbari i criminali giudizi totalmente cambiarono, così totalmente cambiarono anche le pene comminate dal diritto romano. Ritrovata la compilazione di Costantinopoli, e disusate le leggi de' Longobardi, la riforma statutaria, prendendo particolarmente di mira i delitti, assoggettò i parricidi a una pena adattata a' differenti costumi di ciascun luogo (384). Quella del sacco di cuojo fu generalmente abolita (385). Caduta la giurisprudenza statutaria, non mancarono i legislatori nella pubblicazione de' nuovi Codici di punire il parricidio in modo esemplare, come delitto che viola ed infrange tutti i più sacri rapporti di natura e famiglia. Il Codice penale Francese, e quelli che l' hanno imitato, come il Parmense, seguendo la legge di Costantino, chiarirono parricidio l' omicidio volontario commesso nella persona del padre o della madre legittimi, naturali o adottivi, o d' ogni altro ascendente legittimo (386). L' esemplarità della pena consiste nel tradurre il colpevole al luogo dell' esecuzione in camicia, a piedi nudi, e col capo coperto di un velo nero (387). Il Codice di Francia, prima della decapitazione, ingiunge anche il taglio della mano destra (388). Il nostro attuale regolamento sui delitti e sulle pene, imitando piuttosto la legge di Pompeo, dichiarò parricidio quello che viene commesso nelle persone degli ascendenti e discendenti, dei fratelli e sorelle germane, consanguinee

(382) D. l. unic. Cod. de his, qui par. vel lib. occid. Confer. Gotofred. ad Cod. Theodos. lib. 9. tit. 15. l. unic.

(383) Gotofred. Font. jur. civ. ad l. XII, Tab. Beaufort. la rep. Rom. vol. 4. pag. 231.

(384) Vegganşi Gudelin. de jur. noviss. lib. 5. cap. 17. Clar. §. parricidium, n. 5. Gomez, var. resol. tom. 3. cap. 3. n. 3. Ant. Matth. de crimin. lib. 48. tit. 6. cap. ult. n. ult. Groenew. de ll. abrog. hic.

(385) Vegganşi gli Autori sopra citati.

(386) Cod. pen. Franc. art. 299. Cod. pen. Parmens. art. 307.

(387) Cod. pen. Franc. art. 13. Cod. pen. Parmens. art. 11.

(388) Cod. pen. Franc. art. 13.

ed uterine, del marito e della moglie (389). L' esemplarità della pena consiste nel fare eseguire la fucilazione alle spalle (390).

§. Item lex Cornelia, 7.

SOMMARIO

Del delitto di falso. Giurisprudenza antica e moderna.

La legge Cornelia, di cui si tratta in questo paragrafo, contempla due specie di falso. Il falso testamentario, e l' istrumentario. In forza di tal legge chiunque avesse scritto, recitato o espresso un falso istrumento o testamento, se era persona libera, veniva punito con la deportazione: se di condizione servile, con l' ultimo supplizio (391). Le leggi del Codice puniscono il delinquente con la deportazione, e, qualora il delitto sia gravissimo, con la pena capitale, senza distinzione di persona (392). Da ultimo, per legge di Leone, fu stabilito che, se alcuno avesse scritto falsi istromenti, in cui si contenessero cose, per le quali potesse altrui derivarne la morte, fosse assoggettato a quella pena medesima che avea contro altri macchinato (393). Secondo tutti i moderni Codici, la pena di morte, in proposito è abolita. Caduta in disuso la distinzione fra persona libera e serva, la pena oggigiorno è più o meno rigorosa, secondo che il delitto venga commesso da persona pubblica o privata (394). Presso noi alla prima è irrogata la galera dagli anni dieci ai quindici, oltre la perpetua inabilitazione ai pubblici impieghi: alla seconda, il quinquennio, ampliabile sino al decennio, della stessa pena, qualora il falso abbia avuto luogo in una scrittura autentica e pubblica, ovvero in un' apoca di commercio o di banco (395). La falsità od alterazione di un atto privato con susseguente uso dell' atto stesso è punita con la galera dai tre anni ai cinque (396).

(389) Editto del 20. Settembre, 1832. art. 276.
(390) D. Editt. art. 55.
(391) Hic.
(392) L. ubi falsi, 22. Cod. ad leg. Jul. de fals.
(393) Nov. Leon. 77.
(394) Cod. pen. Franc. art. 145. e segg. Cod. Parmens. art. 464. e segg. Cod. Leopold. art. 93. Concordano i rimanenti Codici.
(395) Editto sui delitti e sulle pene, del 20. Settembre, 1832. art. 228. 230.
(396) Editto sopra citato, art. 235.

§. Item lex Julia, 8.

SOMMARIO

I. *Della violenza - Origine della legge Plauzia.*
II. *Leggi di Cesare e di Augusto.*
III. *Leggi odierne.*
IV. *Del ratto. Leggi romane.*
V. *Diritto Canonico e giurisprudenza moderna.*

I. Le continue rivoluzioni, delle quali è piena la storia di Roma sino dalla prima epoca della sua fondazione, non può non far credere che tanto saggi legislatori non pensassero a reprimere con provvide leggi le giornaliere violenze che per spirito di parte o di sedizione spesso si commettevano. Nulladimeno è certo che nelle prime epoche di Roma non fu alcuna legge particolare, la quale contemplasse la violenza in ispecie. Questa sorta di delitto era generalmente compresa in quel capo di leggi che trattavano della lesa sovranità e de' sicarii (397). Ma la morte di Silla, altrettanto funesta che la sua vita, scoperse nuova occasione a ferocissime turbolenze e sedizioni civili che meritarono in appresso l'attenzione di chi reggeva quell'ombra di repubblica. I Consoli Catulo e Lepido, il primo creatura di Silla, il secondo fautore di Mario, presero fra loro a contendere per l'onore de' funerali. Era ciascuno da gravissima, ardentissima fazione sostenuto. Quella di Catulo ebbe il vantaggio. Fatto ardito dal primo successo, pretese di voler mantenere le legioni in possessione delle terre che loro erano state concesse dal defunto Dittatore. Si oppose Lepido, volendo fossero restituite a' primi possessori. La mediazione del Senato non ebbe effetto: si presero l'armi con tutto il furore di una guerra civile. Lepido, vinto, fuggì in Sardegna e morì. Intrattanto i due partiti gareggiavano nel farsi ogni male e peggio. La morte di Lepido non avea estinto le sedizioni, perocchè Sertorio minacciava dalle Spagne di ristorarne le cose. In tale frangente Catulo, tratto al suo partito un Publio Plauto Tribuno della plebe, con tutte le forze si operò, perchè si promulgasse una legge, la quale, ponendo modo alle sedizioni, favorisse al suo partito. Uscì allora la legge Plauzia, in cui, prendendosi particolarmente di mira le violenze, era stanziato che chiunque avesse trama-

(397) Sigon. de jud. lib. 2. cap. 33. Gravin. de legib. cap. 91.

to insidie al Senáto, fatta violenza al popolo, sollevati tumulti nella città con numero d' armati; occupate le altrui possessioni e scacciato il possessore, fosse punito con l' interdizione dell' acqua e del fuoco, alla qual pena venne in appresso surrogata la deportazione.

II. Dopo la legge Plauzia, Cesare, come attestano gli storici, fu il secondo che, intendendo a spegnere le discordie civili, promulgò altre leggi sulle violenze. Ma delle medesime, tanto perchè poco tempo appresso Augusto fece lo stesso, divisando su tale materia disposizioni più chiare e distinte; quanto perchè le antiche furono da lui gran parte ampliate e corrette, oggigiorno non esiste che lievissima memoria (398). I capi della legge di Augusto sono di due sorta: il primo contempla la violenza pubblica, e punisce coll' interdizione dell' acqua e del fuoco: il secondo, la violenza privata, e punisce con la privazione degli onori e la pubblicazione della terza parte de' beni. Poco giova intrattenerci al presente sulle specie di delitti di pubblica e privata violenza, contenuti ne' due suddetti capi, mentre di essi abbiamo particolarmente tenuto proposito al rispettivo titolo ne' Digesti.

III. Siccome le sopraddette leggi sulla pubblica e privata violenza furono emanate in tempi differenti, secondo l' opportunità e la varietà delle politiche vicende, rimase in dubbio a' posteri, quale, a senso delle leggi romane, dovesse chiamarsi violenza privata o pubblica (399). Gl'interpreti, con la solita loro fatica e copia di erudizione; non si ristettero dal voler definire questo punto di giurisprudenza. Ma non tutti furono di una sola e stessa opinione. Alcuni si avvisarono che per violenza pubblica si avesse a tenere quella che fosse commessa da persona rivestita di pubblico ufficio; e privata quella che fosse commessa da' privati cittadini. Certo è però che, dopo la legge di Augusto e quella di Giustiniano, non sembra doversi mettere in forse che violenza pubblica debba ritenersi quella che viene commessa con le armi; e privata quella che si commette senz'armi. Qualunque sia però la verità di queste due opinioni, non è meno certo, che se i Romani solevano distinguere la violenza dall' oggetto che n' era l' autore, la moderna giurisprudenza criminale la distingue dall' oggetto che la soffre. La violenza commessa contro un certo determinato cittadino, o contro certa determinata famiglia, si ritiene come privata; la violenza commessa contro la traquillità di

(398) Sigon. de jud. lib. 2. cap. 33. Gravin. de legib. cap. 91.

(399) Veggansi il Gravin. de legib. cit. cap. 91. Cujaccio, ad Cod. tit. ad leg. Jul. de vi publ. et priv. Jacop. Gotofred. in l. 152. ff. de reg. jur.

molti cittadini o famiglie si ritiene come pubblica. Se l'azione contro la tranquillità di molti ha nome speciale, cessa di appartenere alla violenza pubblica; e forma una specie di delitto particolare contro l' ordine e la giustizia pubblica, il quale trovasi classificato nel suo titolo rispettivo.

IV. Fra le specie della violenza pubblica la legge di Augusto, prima di Giustiniano, pone anche il ratto. La pena di questo delitto era parimenti la deportazione, surrogata all' interdizione dell' acqua e del fuoco. Ma, perdutosi il secolo d' oro, e calate nell'impero le falangi de' popoli settentrionali, fu d' uopo prefiggervi una pena più grave. I barbari, recando ne' luoghi da loro occupati i vizi della nazione, non restarono di lordarli con atti violenti o per libidine o per cupidità di trarre nelle loro nozze quelle femmine che un cielo più felice adornava di grazia e di bellezza. Il ratto, delitto incognito fra' popoli civili, divenne in que' tempi frequentissimo. Di ciò rendono abbastanza testimonio le storie e le leggi che sono un parto delle circostanze. Ferocissima in fatti è la legge del Codice. Ivi si prefigge morte e confisca contro i rapitori delle vergini e delle vedove; contro i loro complici e fautori, sebbene la donna consenta nel ratto; spropriamento de' beni in favore della rapita, qualora fosse di condizione ingenua; permissione a' genitori, consanguinei, tutori, curatori, proprietari e padroni di uccidere nell' atto stesso i delinquenti; divieto di nozze fra il rapitore e la rapita, quantunque fossero già sposi; finalmente punizione a' genitori della rapita, qualora avessero rimesso l' ingiuria: la pena consisteva nella deportazione (400).

V. Ponendo mente alla suddetta costituzione, veggiamo che il ratto, oltre le rimanenti pene, induce perpetuo impedimento al matrimonio, sebbene tra il rapitore e la rapita esista precedentemente contratto di sponsali: veggiamo altresì che il consenso della rapita non toglie nè l' impedimento, nè la pena; e finalmente veggiamo che tanto l' impedimento che la pena sussiste egualmente contro il ratto commesso per libidine, che contro il ratto commesso col fine del matrimonio. Ma dopo che il diritto Canonico vindicò a sè stesso tutta la materia de' matrimonii e degl' impedimenti; dopo che la mutata civiltà del secolo e delle nazioni rese, anzi che rari, rarissimi gli esempi di questo delitto, i principii delle leggi romane, cedendo a luogo più degno, cambiarono aspetto.

(400) L. unic. Cod. de rapt. virg.

I Sacri Canoni, considerando che nel ratto ha luogo mortalissimo peccato, il punirono con la scomunica (401). I Padri dell'ultimo Concilio confermarono questa pena contro il rapitore, di lui fautori e complici, dichiarandoli perpetuamente infami e incapaci di tutte le dignità ed onori. Sanzionarono altresì che fra il rapitore e la rapita non potesse aver luogo matrimonio, finchè la donna, posta in luogo libero e sicuro, non avesse manifestato il suo consenso di volere il rapitore per marito. Finalmente stabilirono che il rapitore, tanto se il matrimonio abbia, o no luogo, fosse tenuto a dotare la rapita ad arbitrio del giudice.

Da tutto ciò facilmente si rileva che tanto le leggi civili, che le leggi Canoniche, si armarono gravemente contro il ratto. Ma per conoscere le rilevanti differenze che v' hanno fra le une e le altre, vuolsi por mente alla differenza dello spirito, con cui vennero emanate. Non v' ha alcun dubbio che la costituzione di Giustiniano sia stata pubblicata con intendimento di provvedere alla libertà de' matrimoni; nulladimeno, come chiaramente appare da tutto il tenore della suddetta costituzione, e secondo le testimonianze di tutti gl' interpreti, tale intendimento non fu che secondario. Scopo principale della medesima fu quello di metter freno a un delitto all' umana società pernicioso, alla tranquillità delle famiglie perniciosissimo. Ma la costituzione de' Padri del Concilio fu emanata con vedute diverse. Imperciocchè suo principale intendimento fu quello di favorire alla libertà de' matrimoni, sebbene per conseguenza e secondariamente intenda puranco alla punizione di un danno sociale.

Da questa rimarchevole differenza fra lo spirito dell' una e l'altra legge derivano le seguenti differenze di disposizioni.

In primo luogo,

La legge di Giustiniano pone fra il rapitore e la rapita un impedimento perpetuo, e le pene dalla medesima comminate mirano a punire i perturbatori della pubblica tranquillità. La legge Canonica pone tra il rapitore e la rapita un impedimento temporaneo, ossia finchè la rapita trovasi in balìa del rapitore. Se questi rende la donna alla propia famiglia, o la pone in luogo libero e sicuro, ove la volontà di lei non possa temere violenza, l' impedimento cessa. Le pene dalla medesima comminate derivano più presto da spirito religioso, che da spirito politico. Esse non tanto intendono a punire i perturba-

(401) Cap. 1. et seq. causs. 36. quest. 1. cap. si quis, 4. de purg. can.

tori della pubblica tranquillità, quanto i violatori di quella libertà di consenso che la legge Ecclesiastica esige ne' matrimoni.

In secondo luogo,

La legge di Giustiniano, tanto per l'impedimento, che per la pena, almeno secondo l'opinione de' più, considera come ratto anche quello che non fu commesso all' oggetto di contrarre il matrimonio, ma solo per oggetto di sfrenata libidine (402). Ma la legge Ecclesiastica, all' opposto, non considera come ratto, propriamente detto, quello che ebbe per iscopo lo sfogo di una riprovata passione, ma solo quello che, contrariando la libertà del consenso, ebbe per iscopo il matrimonio. Donde questo, e non quello, induce l'impedimento, e soggiace alle pene dal diritto Ecclesiastico comminate contro i rapitori (403).

Secondo l'odierna legge, civile il ratto violento, tanto se fu commesso per abusare della rapita, quanto s' ebbe per oggetto il matrimonio, soggiace indistintamente alle stesse pene (404). Ma siccome sonosi in questa materia conservate nel loro vigore le leggi Canoniche (405), così non v' ha alcun dubbio che nel ratto commesso per abusare della rapita non nasce oggigiorno alcun impedimento.

In terzo luogo,

La legge di Giustiniano, senz' alcuna distinzione e generalmente, tanto per le pene quanto per l' impedimento, ritiene come ratto la semplice abduzione di una vergine, o vedova, costituita sotto la potestà de' genitori, consanguinei, tutori e curatori, quantunque il ratto sia stato eseguito con pieno intendimento e volontà di lei. Differente è la disposizione della legge Canonica. In questo caso ella distingue il ratto riguardo all' impedimento; e il ratto, riguardo alla pena. Quanto all' impedimento, secondo la comune opinione de' Dottori, niuno ne nasce. La ragione è fondata nel differente spirito della legge (406). In fatti, quando il Concilio Tridentino pose ostacolo al matrimonio fra il rapitore e la rapita, ebbe in animo, come sopra osservammo, di provvedere alla libertà del consenso; e solo per questo concesse che il rapitore potesse aversi in moglie la rapita, allorchè posta in luogo libero e sicuro, ella potesse mani-

(402) Fabro, Cod. suo for. de rapt. virg. lib. 9. tit. 9. def. 1. n. 2.

(403) Clar. §. raptus, n. 1. Sanchez, de matrim. lib. 7. n. 17. Reiffen. in lib. V. Decret. tit. 17. n. 7.

(404) Editto del 20. Sett. 1832. sui delitti e sulle pene §. 179.

(405) D. editto §. 7.

(406) Iste raptor dici non debet, cum habuerit mulieris consensum, licet parentes reclament, a quibus eam dicitur rapuisse cap. cum. causa, 6. extr. de raptor.

festarlo senza timore, spontaneamente e di sua propria elezione (407). Ora, s' ella, senza timore, spontaneamente e di sua propria elezione, consente nel ratto e fugge col rapitore, il suo libero consenso è manifestato più del bisogno, e l' impedimento non può aver luogo (408). Quanto alla pena, niun dubbio che v'incorra tanto il rapitore violento che il semplice, mentre tanto l' uno che l' altro recano a' genitori gravissima ingiuria, la quale è di per se stessa sufficiente per meritare il castigo.

Due sono le pene adunque nelle quali incorre il rapitore: quella pronunziata dal diritto Ecclesiastico, e quella derivata dalla legge civile. La prima, come sopra osservammo, ha luogo tanto contro il rapitore violento, che contro il semplice; nè la pratica del foro, nè le moderne leggi, presso noi e in que' luoghi, dove il decreto del Concilio è ricevuto, v' hanno punto derogato (409). La seconda, al pari della prima, procede ugualmente contro l' uno e contro l' altro; ma la pratica del foro e le moderne leggi di quasi tutte le nazioni ne mitigarono il rigore, accomodando una pena maggiore o minore, secondo la differenza de' casi. Totalmente proscritta è dalle vigenti legislazioni nel ratto violento la pena di morte, la confisca de' beni e la deportazione per la remissione dell' ingiuria, essendovi sostituita una pena più mite, come la galera dai dieci ai quindici anni presso noi; o la reclusione e i lavori forzati a tempo, come prescrive il Codice di Francia, dal quale poco o nulla differiscono le sanzioni de' moderni Codici Italiani. Seguendo l' uso di una pratica nell' uso del foro costantemente ricevuta, fu parimenti mitigata la pena nel ratto semplice, massime se la donna rapita sia maggiore di quindici o sedici anni, secondo la differenza del clima. Presso noi, senza punto distinguere l' età della rapita, la pena nel ratto semplice è indistintamente la detenzione da uno a tre anni (410).

Finalmente,

La legge di Giustiniano, all' effetto dell' impedimento e della pena, considera come ratto anche la violenta abduzione della sposa. La legge Canonica, all' opposto, nè per l' impedimento nè per la pena considera questa fattispecie come ratto. È bensì vero che il Concilio

(407) Concil. Triden. sess. 24. de' refor. matr. cap. 6.

(408) Nella qual fattispecie giova richiamare in memoria che il matrimonio contratto senza l' assenso di genitori per diritto civile è nullo, laddove non è nullo per diritto Canonico.

(409) D. Editto §. 7.

(410) D. Editto, art. 179.

Tridentino non ha su questo particolare disposizione alcuna; ma siccome è vero altresì che nel silenzio delle nuove leggi dobbiamo ricorrere alle antiche, così troviamo in esse apertamente stabilito che non v' ha ratto nella sposa, qualora ella non abbia alcun ragionevole motivo per recedere dagli sponsali. Chiarissime in fatti sono in questa materia le parole del sommo Pontefice Lucio III. *Respondemus,* egli dice, *quod cum ibi raptus dicatur admitti, ubi nil ante de nuptiis agitur, iste raptor dici non debet, cum habuerit mulieris assensum, et prius eam desponsaverit.* (411). Indi ne segue non aver luogo nel caso presente quel generale impedimento derivante dal ratto; imperciocchè, cessando la causa, dee per conseguenza cessare anche l' effetto (412).

Ma la legge civile, basando sopra altri principii, procede diversamente. Interessa alla pubblica tranquillità che si rispetti la pace delle famiglie; e quella spedita maniera di farsi ragione da sè medesimo, senza far uso de' mezzi legittimi, senza implorare la mano de' Magistrati, forma un atto di violenza, il quale è certamente degno di biasimo e riprensione. In questo caso però non sarà la costituzione di Giustiniano quella che dovrà servire di norma nell' applicazione della pena; ma bensì la legge particolare di ciascun luogo; e, d' altronde, la pena dovrà sempre essere minore dell' ordinaria (413).

(411) Cap. cum causa, 6. extr. de rapt. Concord. cap. lex illa, 49. causs. 27. quest. 2. et cap. si quis, 5. causa, 36. quest. 2.

(412) Rittershuth, de diss. jur. civ. et can. l. 5. c. 5. Ant. Matth. de crimin. lib. 48. tit. 4. cap. 2. n. 12.

(413) Quid, se la donna senza l' uso di alcuna violenza; ma di sua piena elezione e volontà si desse in braccio allo sposo per fuggire dalla propria casa, ovvero se

Ipsa repugnabat, tamquam quae vincere nollet?

Che in questo caso non possa aver luogo alcuna pena, leggesi nel Ant. Matth. loc. cit. veggasi il Card. de Luc. Annot. ad Concil. disc. 28. n. 13. c. pen. X. de rapt. cit. cap. lex illa, 49. caus. 27. quest. 2. cap. si quis, 5. caus. 36. quest. 2.

§. Item lex Julia, 9.

SOMMARIO

I. *Del peculato.*

II. *Definizione del medesimo.*

III. *Negli odierni costumi il peculato ha luogo tanto ne' furti commessi nel danaro spettante all' erario pubblico, che nel denaro spettante alle Provincie o Comuni.*

IV. *Del peculato commesso nelle cose sacre. Differenza fra il diritto civile e Canonico. Legislazione odierna.*

V. *Pene del furto sagrilego. Diritto romano e moderno.*

VI. *Estremi costituenti il delitto di peculato. Diritto romano e moderno.*

VII. *Osservazione sull' articolo* 340. *dell' attuale regolamento sui delitti e sulle pene.*

VIII. *Pena del peculato. Diritto romano e moderno.*

I. Finchè Roma si mantenne nella purezza de' suoi costumi, il peculato v' era ignoto; nè v' era per conseguenza legge alcuna particolare, la quale intendesse a reprimerlo. In appresso, perdutasi l' antica semplicità de' Romani, fu creduto opportuno di provvedervi, e venne per tal' uopo nominato un Pretore appositamente, cui ne fosse riserbata la cognizione. Uscirono finalmente le leggi Giulie, le quali nel medesimo delitto compresero più capi, cioè il peculato, il sagrilegio, e il delitto de' residui.

II. Il peculato, secondo la sentenza di Labeone, si definisce un furto di pecunia o pubblica o sacra, commesso da quello che non ne ha sopra sè stesso il pericolo (414). Questa definizione, la quale era forse più adattata a' tempi dell' antica repubblica che non a' nostri, è degna di qualche osservazione. Essa ci condurrà a conoscere analiticamente, se il peculato venga oggigiorno preso in quel significato medesimo, con cui fu trattato dalle leggi romane.

III. I Romani, come sopra osservammo, definirono il peculato *furto di pecunia pubblica*. Pecunia pubblica era propriamente quella che apparteneva al popolo romano (415). Il denaro de' municipj, delle comunità, e di altri pubblici istituti, ritenevasi come privato;

(414) L. sagrilegi, 9. §. Labeo, 2. ff. ad leg. Jul. peculat.
(415) L. bona civitatis, 15. ff. de verb. signif.

e, qualora fosse stato sottratto, non poteva aver luogo l'azione di peculato, ma quella di furto (416). Cambiata la forma del governo, e comparsa la monarchia, il popolo non ebbe più impero; epperò si rese quasi improprio il dire che pecunia pubblica fosse quella che apparteneva al popolo. Nulladimeno Papiniano, seguendo la proprietà delle antiche parole, abbracciò la definizione di Labeone, ed escluse il peculato nel furto di pecunia spettante a' municipj (417). Gli Imperatori Traiano ed Adriano, all'opposto, fondando più nelle cose che nelle parole, stanziarono che ne' furti commessi a carico di una città o municipio dovesse competere l'azione di peculato (418). Indi nacque evidente antinomia fra la risposta di Papiniano e la costituzione degl' Imperatori. Gl' Interpreti, con la loro solita erudizione e fatica, non si ristettero dal voler proporre alcune conciliazioni (419), le quali, dopo la pubblicazione de' nuovi Codici e regolamenti penali, si resero totalmente superflue. Presso noi e nella vicina Toscana, il furto di danaro pubblico, tanto se questo appartenga all' erario che alle provincie od a' comuni, è peculato (420).

IV. Seguendo la teoria di Labeone, il peculato si definisce *furto di pecunia pubblica o sacra.* Indi conosciamo che il peculato presso i Romani era di due sorta, cioè quello commesso nella pecunia pubblica, il quale propriamente e in specie chiamavasi peculato; e quello commesso nelle cose sacre, il quale propriamente chiamavasi sacrilegio. Il sacrilegio, secondo la legislazione civile, è l'ablazione di una cosa sacra fatta in luogo sacro (421). Due quindi sono gli estremi che costituiscono questo delitto: la cosa sottratta e il luogo della sottrazione. Il furto di cosa sacra in luogo profano, e il furto di cosa profana in luogo sacro, non sono punto considerati come sacrilegj (422), ma come furti, sebbene in questi casi, e specialmente nel secondo, la qualità della cosa e del luogo costituiscano una

(416) L. ob pecuniam, 81. ff. de furtis.

(417) D. l. ob. pecuniam, 81. ff. de furt.

(418) L. lege Julia, 4. §. sed et si, ult. ff. ad leg. Jul. pecul.

(419) Chiunque n' abbia desiderio può vederle presso Hillig. in Donell. lib. 15. cap. 29. Duaren. lib. 1. disput. cap. 26. Alciat. l. 1. dispunct. c. 3. Nani, ad Matth. lib. 48. tit. 10. cap. 1. n. 5. not. 2. Poggi, lib. 4. cap. 4. §. 41.

(420) Reg. sui delitti e sulla pene, 20. Sett. 1832. art. 340. Leg. Tosc. 9. Sett. 1681. §. 8.

(421) L. Divi Severus, 5. ff. ad leg. Jul. pecul.

(422) D. l. Divi Severus, 5. ff. ad leg. Jul. pecul. Richer. univ. civ. et crim jur. lib. 4. tit. 40. §. 2952.

qualità aggravante, la quale fa che possa irrogarsi una pena maggiore dell'ordinaria (423).

Ma il diritto Canonico, seguendo principii diversi, non ricerca, per costituire il sagrilegio, i due sopraddetti estremi cumulativamente; bastando, secondo le sue sanzioni, che ne concorra uno soltanto. Epperò il furto di cosa sacra in luogo sacro, quello di cosa sacra in luogo profano, e quello di cosa profana in luogo sacro, sono sacrilegj (424).

Secondo l'odierna nostra legislazione, e quella di quasi tutte le moderne nazioni d'Europa, il furto di cosa sacra è posto in genere nel numero de' sacrilegj, e chiamasi in specie furto sacrilego.

V. Non è del tutto chiaro qual pena destinassero le romane leggi a' colpevoli di sacrilegio. Le risposte e i frammenti de' Giureconsulti sono la parte loro ambigui. Marciano attesta che la pena del sacrilegio è la stessa del peculato (425). Paolo fa testimonianza che la pena è di morte (426). Ulpiano riferisee ch'essa dee stabilirsi dal giudice, avuto riguardo alla condizione della persona, all'età, al sesso, al tempo, alla qualità della cosa; e soggiunge che i sacrileghi furono talvolta condannati alle fiere, talvolta alle fiamme o alle forche (427). Sembra però potersi affermare che i Romani punissero il furto sacrilego con la condanna alle fiere, qualora fosse commesso di notte, e con rottura di templi; tolte queste circostanze aggravanti, con la condanna a' metalli, qualora il delinquente fosse di condizione abbietta; e con la deportazione, se era di condizione civile (428). Presso noi e nella vicina Toscana il furto sacrilego, ossia quello di cosa sacra in luogo sacro, è considerato come furto qualificato e soggiace alle stesse pene (429). Il Codice Parmense, ove il furto non sia commesso di notte, con iscalamenti, chiavi false, rotture, o altre circostanze gravanti, il punisce co' lavori forzati a tempo: in caso diverso col massimo de' lavori forzati (430). In parecchi de' moderni Codici Europei questa specie di furto non è contemplata: sembra però

(423) L. sagrilegi, 9. §. sunt autem, 1. ff. ad leg. Jul. pecul.
(424) C. si quis contumax, de sagril. c. quisquis, caus. 17. quest. 4.
(425) L. lege Julia, 4. princ. et §. 1. ff. ad leg. Jul. pecul.
(426) L. sacrilegi, 9. ff. eod
(427) L. sacrilegi, 6. ff. eod.
(428) D. l. sacrilegi, 6. ff. ad. leg. Jul. pecul.
(429) Regol. sui delitti e sulle pene 20. Settembre, 1832. art. 338. n. 1. Cod. Leopold. art. 78.
(430) Cod. pen. Parmens. art. 99. 101.

che sia punita al pari dei furti qualificati; e, concorrendo circostanze gravanti, al pari de' furti violenti. Il furto di cosa sacra in luogo profano, e quello di cosa profana in luogo sacro, tanto presso noi che in Toscana, sembra considerato come furto semplice, il quale però, a somiglianza delle sanzioni romane, è sempre punito con un grado maggiore di pena (431).

VI. Finalmente il peculato, secondo Labeone, è un *furto di pecunia o pubblica o sacra, commesso da quello che non ne ha sopra sè stesso il pericolo*: Queste ultime parole ci fanno conoscere che tal delitto non può aver luogo in que' pubblici cassieri, o amministratori che, mediante una determinata corrisposta, esigono e versano nelle casse dello stato i publici tributi. La ragione è, perchè essendo essi debitori dello stato, qualora siano renitenti a' pagamenti, possono venirvi astretti con l'azione civile, senza mettere in campo la criminale. È dunque reo di peculato chiunque commette un furto in cosa pubblica, della quale egli non sia debitore. Secondo la chiara disposizione delle leggi romane la qualità della cosa era estremo bastante per costituire il delitto, senza punto considerare la condizione della persona. Chiunque avesse furato la pecunia pubblica, comecchè persona privata, era reo di peculato (432).

Ma, secondo i principii dell' odierno diritto costituendo, per formare il delitto si ricerca un altro estremo, cioè la condizione della persona sottraente (433). Quindi il peculato si verifica soltanto ne' pubblici cassieri o amministratori che sono debitori della specie e non della quantità (434).

VII. Secondo l' odierna nostra legislazione, coerentemente a' principii del diritto romano, sembra che per costituire il delitto di peculato, basti la qualità del denaro. In fatti l' articolo 340. del regolamento penale dice essere peculato il furto del denaro pubblico, sia che questo appartenga al pubblico erario, o alle provincie, o alle comuni. La definizione, che per sè stessa è generale, viene anche meglio dichiarata dall' articolo susseguente, ove si dice che se il reo di peculalo è un impiegato dell'ufficio, la pena debbe aumentare di un grado. Dunque tanto se l' azione è stata commessa da un impiegato, qua-

(431) D. regol. sui delitti e sulle pene 10. Settembre, 1832. art. 337. Carmignani, Elem. jur. crim. §. 1025.

(432) L. 1. et 4. ff. ad leg. Jul. pecul. Carmignani, Elem. jur. crim. §. 1153. in not. 2.

(433) Carmignani, loc. cit.

(434) Carmignani, loc. cit. Giuliani, Istit. di diritto crim. vol. 4. pag. 241.

lunque siasi, dell'ufficio; quanto se è stata commessa da cui non è impiegato, ossia da un estraneo, il delitto è peculato, salvo che nel primo caso la pena è maggiore.

Nulladimeno veggo che da alcuni si opina il contrario, ritenendo essi che la vigente legislazione sia discorde dal diritto romano, e conforme a' principii del diritto costituendo. In ragione della loro sentenza allegano che l'articolo 341. aumentando la pena all'impiegato reo di furto, non fa che costituire la qualifica gravante, quasi che solo dalla medesima si abbia il delitto di peculato. Ciò sembrami un errore; imperciocchè la qualifica gravante non esclude che, qualora essa manchi, il furto di danaro pubblico non sia peculato, come espressamente dichiara l'articolo 340. La sanzione più rigorosa della legge riguardo all'impiegato di questo delitto prova che il peculato è punito maggiormente in lui, siccome quegli che tradisce la pubblica fiducia, che non nello straniero. E tuttociò è parimenti conforme alla disposizione delle leggi romane, per la quale i Prefetti dell'erario, gli amministratori, e gl'impiegati dell'ufficio erano puniti con una pena maggiore dell'ordinaria (435). Ora, sarebbe un'interpretazione contraria alla chiara disposizione delle leggi romane l'escludere il peculato nello straniero per questo, ch'essa il puniva maggiormente ne' Prefetti e negl'impiegati. E che? forse perchè lo stupro è punito maggiormente, quando è commesso da persona, la quale abbia fatto turpe abuso della propria autorità, cessa di essere stupro, quando è commesso da uno straniero? È poi falso di netto, nè il trovo scritto in alcun luogo, che l'odierna legge uguagli gli estranei sottrattori del pubblico denaro a' rei di furto qualificato: essa gli uguaglia nella pena, non nel delitto; che anzi nell'applicare ai medesimi la pena de' furti qualificati, dichiara apertamente che il delitto, pel quale vengono puniti, è peculato (436).

VIII. La pena di peculato, secondo il tenore delle leggi romane, era l'ultimo supplizio, qualora il delitto fosse stato commesso da' Prefetti dell'erario, da' loro ministri o impiegati. Gli estranei venivano puniti con l'interdizione dell'acqua e del fuoco, cui venne in appresso surrogata la deportazione. Sotto l'impero di Leone parve che la pena nel primo caso fosse troppo severa: fu commutata, e si stabilì che i magistrati, colpevoli di peculato, si chiarissero decaduti dall impiego, e dovessero prestare il duplo di quello che avevano indebitamente

(435) Hic. et l. unic. Cod. hoc. tit. l. peculatus, 3. ff. eod.
(436) Reg. sui delitti e sulle pene, 20. Settembre 1832. d. art. 340.

sottratto. Della stessa pena si vollero puniti quelli che fossero consapevoli e complici del delitto, qualora ne' beni avessero tanto da poterla subire. Per gl' impotenti si decretò che, dopo battuti e ignominiosamente tosati, si mandassero in esiglio (437). Secondo l' odierna legge il peculato è punito con l'opera pubblica dai tre ai cinque anni, o con la galera dai cinque ai dieci, o con la galera dai dieci ai quindici, o con la galera dai quindici ai venti, a tenore della maggiore o minore quantità del denaro furato. La condizione della persona sottraente, come sopra osservammo, importa un aumento di pena.

§. Est et inter, 10.

SOMMARIO

Del plagio. Distinzione de' moderni.

Il delitto di plagio è la fraudolenta sottrazione di un uomo libero o di un servo, fatta per causa di lucro. Questa definizione, tratta dalla legge Fabia, contiene due capi. Il primo contempla il delitto di quelli che, col fine di trarne partito, abbiano sottratto o venduto un uomo libero: il secondo abbraccia il delitto di quelli che, pel medesimo fine, abbiano consigliata la fuga a un servo, o l' abbiano, contro la volontà del proprietario, sottratto o venduto.

Abolita la servitù, il furto de' servi non ha più luogo ne' moderni Codici di Europa, rimanendo solamente il plagio commesso sopra persona libera, il quale negli odierni costumi suole dividersi in politico, civile e letterario (438). Plagio politico, propriamente parlando, è il delitto di quelli che senza permesso del proprio governo, col fine di trarne lucro, assoldano o ingaggiano i cittadini, per condurli al servigio militare di un' altra nazione. Le leggi romane, parto della sanguinaria fierezza di Silla, ponevano quest' azione nei delitti di lesa maestà, e la punivano con la deportazione (439). Presso noi è punita con cinque anni di galera; e se l' assoldazione o ingaggiamento comprende dieci o più individui, la pena si può estendere sino ai dieci anni (440). Plagio civile è la fraudolenta violazione dell' altrui libertà personale, fatta per fine di lu-

(437) Nov. Leon. 105. in fin:
(438) Carmignani, Elem. jur. crim. §. 1072.
(439) L. 3. ff. ad leg. Jul. majest.
(440) Regol. sui delitti e sulle pene, 20, Settembre, 1832. art. 126.

cro o di vendetta (441). La legge Fabia, di cui si tratta nel presente paragrafo, puniva questo delitto con una multa. Caduta in disuso la suddetta pena, fu surrogata la condanna al metallo (442). Gl' Imperatori Diocleziano e Massimiano, adattando la pena alle circostanze, il punivano con l' ultimo supplizio. Da ultimo, Costantino, riformando le disposizioni de' suoi antecessori, volle che i plagiarj, si esponessero alle fiere, qualora fossero libertini o servi: soggiacessero alla pena del gladio, qualora fossero ingenui (443). Presso noi sono puniti con l' opera pubblica da uno a tre anni: se il plagio sia stato fatto con animo di estorcere dalla persona arrestata denaro o roba, o per ottenere dalla medesima carte di credito o atto qualunque, per cui si possa lucrare, la pena è la galera dai cinque ai dieci anni (444). Il plagio letterario consiste nel farsi merito de' pensieri altrui, coll' ommettere artificiosamente la citazione degli autori; o nel furare le opere altrui col fine di appropriarsene il lucro, mediante la stampa (445). Siccome la prima specie presenta molti appoggi di difesa, essendo probabile che la mente di un autore, senz' alcuna malizia e senza intenzione di farsi bello dell'altrui, possa creare e ideare pensieri o similitudini uguali a quelli di un altro, così essa non fu mai l' oggetto di alcuna sanzione penale; e parecchi fra gli scrittori di cose criminali sono di avviso che la punizione della medesima debba lasciarsi agli autori ed a' critici (446). La seconda specie è più presto un furto che un plagio; imperciocchè l' azione lede la proprietà reale del cittadino, e mira a privarlo di quel nobile frutto che la medesima Divinità volle compartirgli col dono di una mente elevata. Nulladimeno (cosa vergognosissima) niun furto fu più di questo tanto frequente, e rimase tanto impunito! Le leggi de' romani, fatte la maggior parte con lo spirito di un popolo guerriero, non accordavano gran protezione alle lettere: neppure le contemplavano. Quando poco per volta si sparsero per Italia e quasi per tutta Europa i lumi delle cognizioni, e si abbracciarono la coltura e le lettere, si vivea parimenti con le antiche leggi de' romani: le moderne

(441) Giulian. Istit. crim. vol. 4. pag. 375.
(442) L. 7. ff. hoc. tit.
(443) L. ult. Cod. hoc. tit.
(444) D. reg. art. 133. 134.
(445) Carmignani, Elem. jur. crim. §. 1075.
(446) Carmignani, Elem. jur. crim. §. 1075. Caravit. Istit. crim. lib. 4. §. 1. cap. 70. n. 37. Discord. Franc. Duaren. in Epist. ad Franc. Balduin. Alberic. Gentil. Dialog. 6. Thomas. de plag. litter.

non ebbero mai la degnazione di scendere agli autori. Si volea ch'eglino ne' casi particolari, per non essere defraudati delle proprie fatiche, ricorressero umilmente, e supplicassero per ottenere un privilegio che loro accordasse la proprietà di quello ch' era già loro. Questo privilegio, o legge speciale, era per lo più temporaneo. Scorso il tempo assegnato per grazia all' autore, le fatiche di lui diventavano di tutti, e chiunque poteva rubargliele impunemente. In sostanza la condizione del più vile mestiere, quanto a' diritti di proprietà, portava il vanto sopra le scienze Gl' impudentissimi furti che continuamente si commettevano a mano salva, meritarono finalmente la considerazione de' legislatori, e si cercò il mezzo di reprimerli. Una legge internazionale Italiana rese giustizia agli autori, e dette loro il diritto di proprietà (447). Ma questa legge, la quale è senza dubbio degna di encomio, non da per tutto è ricevuta.

§. Sunt praeterea, 11.

SOMMARIO

I. *Della legge Giulia* de ambitu.
II. *Della legge Giulia* repetundarum.
III. *Della legge Giulia* de residuis.

I. La virtù de' romani era anch' essa cosa mortale, e, per conseguenza, fragile al pari delle altre, dovea insensibilmente perire. I romani, se non erro, furono virtuosi, finchè ebbero bisogno di esserlo; o, per meglio dire, furono castigati, finchè viddero che una severa disciplina era troppo necessaria per assicurarsi da' nemici esteriori, e per domare un popolo insofferente di freno nell' interno. Ma tosto che se ne scoperse l'occasione, tranne alcuni pochi, non mancarono di mostrarsi uomini anch' essi, e di dar sfogo alle loro private passioni anche col detrimento della patria. Fra' più gran difetti di quella repubblica, fu senza dubbio l' ambizione; donde ebbe origine il delitto di ambito, di cui si parla nel presente paragrafo. In un governo, dove tutto si otteneva dal favore del popolo, era impossibile che l' ambizione di primeggiare non procacciasse di ottenere con doni o con prezzo quella carica, dignità, o magistratura, alle quali il merito non potea pervenire. Il popolo è un corpo gigantesco, ma ha la

(447) In data 22. Maggio 1840.

forma di un proteo; egli cambia di aspetto a ogni piè sospinto, ed è sempre pronto a dichiararsi per chi sa gittargli la polvere negli occhi. I denari e i doni sono la gran polvere, e non è ammirabile, se, elevandosi, toglie di vista il merito, che per lo più, non è ricco di dovizie. Per reprimere tanto abbominevole mercimonio, uscì prima di tutte la legge Petilia: l'ambizione trovò il verso di deluderla, e la legge Petilia si rese inutile: si emanò la legge Bebia; ma al pari della prima non ebbe successo. I legislatori non si scuorarono: fu pubblicata la legge Maria, poco appresso la Fabia, indi la Cornelia, poscia la Calfurnua, la Tullia, l' Aufidia, la Licinia, la Pompea, e finalmente la Giulia. La moltitudine delle leggi emanate per l' ambito prova abbastanza che niun delitto era a Roma più frequente di questo, e di ciò era occasione la stessa forma del governo. Ma come prima vennero da Silla gittati i fondamenti della monarchia, su' quali Augusto n' elevò l' edifizio; dopo che trasmessa per opera di Tiberio la potestà del popolo nel senato, le cariche e le magistrature cominciarono a concedersi dal principe, non dal popolo nè dagli elettori; cessò con l'ambito l' autorità di tutte le su mentovate leggi (448).

Cessò l' ambito, ma non l' ambizione. Il conferimento delle cariche municipali ne presenta sempre frequentissimi esempi, i quali da' moderni vengono designati col nome di broglio. Le leggi romane il punirono con la multa di cento aurei e con l' infamia (449). Ma siccome oggigiorno è cosa di ben piccolo momento essere magistrato municipale, così non meritò che l' odierna legge si degnasse di contemplarlo; e d' altronde per un' azione che sovente in proposito merita più compatimento che biasimo, l' antica fu giudicata troppo severa, e venne tacitamente abolita.

II. Il delitto *repetundarum* ha luogo in que' magistrati che, abusando del proprio potere, estorcono da' cittadini soggetti alla loro giurisdizione danaro, o qualunque altra cosa venale. Parecchie e diverse furono le pene da' romani comminate contro i colpevoli. La legge Calfurnia volle, fossero assoggettati all' accusa perpetua e puniti con una multa. La legge Servilia v' aggiunse l' esiglio, e la legge Acilia, per affrettare il castigo, tolse loro la comperendinazione. Succeduta al governo democratico la monarchia, gl' Imperatori, usurpandosi il potere del popolo, restrinsero l' autorità de' proconsoli e de' magistrati. Quindi è che, non potendo essi trarre altrimenti danaro aperta-

(448) Gravina, de legib. cap. 98.
(449) L. 1. ff. ad leg. Jul. ambit.

mente da' loro amministrati, ricorsero al mistero ed alle convenzioni illecite, e cominciarono a fare dell' autorità loro turpissimo mercato. Donde ne nacque I. Che la legge Giulia surrogata a tutte quelle che furono pubblicate prima di Giulio Cesare, abbracciò tutti quelli che, rivestiti di pubblica autorità, avessero ricevuto danaro per far decreti o sentenze (450), il che rivestiva più presto il carattere di corruzione, che quello di estorsione. II. Che verificandosi in tali casi il delitto non solamente per parte di cui riceveva; ma eziandio per parte di chi dava, venne anche questi assoggettato all' accusa, e per conseguenza gli fu negata l' azione per ripetere il danaro da lui pagato (451). Per la qual cosa il titolo *repetundarum* divenne un termine improprio per significare due specie di delitti (452); e la legge Giulia col decorso del tempo andò a colpire un delitto assai differente da quello del titolo ch' ella aveva (453).

In processo di tempo i giureconsulti più moderni, per distinguere la corruzione dall' estorsione, dettero alla prima il nome di baratterìa.

La legge Giulia comminò una pena pecuniaria ed afflittiva. La prima obbligava il delinquente a pagare il simplo o il duplo o il quadruplo delle somme estorte, o ricevute per corruzione; ma per ordinario la misura era il duplo (454). La seconda gl' imponeva la rilegazione o l' esiglio e talvolta anche l' ultimo supplizio se avesse ricevuto danaro per condannare un innocente (455). Il Codice di Francia dal quale poco differiscono i Codici delle vigenti legislazioni Italiane, a esempio delle romane leggi, punisce il delitto di corruzione colla multa del duplo, con la berlina e talvolta con la reclusione. Nel caso, in cui la corruzione abbia per oggetto un fatto criminoso importante una pena maggiore di quella della berlina o della reclusione, la pena maggiore viene applicata a' colpevoli (456). Presso noi i giudici che per prezzo, dono od altra causa turpe, pronunciano la condanna di un innocente, sono puniti con cinque anni di galera (457). Se la condanna pronunciata contro l' innocente importa una pena maggiore di cinque anni di galera, sono puniti con quella medesima pena.

(450) L. 3. ff. ad leg. Jul. repet.
(451) L. ult. Cod. eod.
(452) Carmignan. Elem. jur. crim. §. 775.
(453) Giulian. Istit. crim. vol. 4. pag. 166.
(454) Ascon. in 2. Verr.
(455) L. 7. §. ult. ff. ad leg. Jul. repet.
(456) Cod. pen. Franc. art. 177. e segg.
(457) Editto sui delitti e sulle pene, del 20. Settembre 1832. art. 196.

In ambedue i casi, oltre la galera, ha luogo anche l' inabilitazione perpetua a qualunque carica (458). I giudici che per le cause suddette assolvono il reo, e così pure i subalterni ufficiali, i quali alterano lo stato degli atti per reprimere le prove di corruzione, sono puniti con cinque anni di opera pubblica (459). In tutti questi casi, oltre le pene sopra espresse, sono soggetti alla perpetua inabilitazione a qualunque impiego, e all' interdizione de' diritti civili e di famiglia per un decennio, in caso di pena temporanea (460). I corruttori in qualsivoglia maniera de' magistrati ed impiegati sono puniti con la detenzione di un mese ad un anno, con l' inabilitazione perpetua ai pubblici impieghi e con una multa uguale al doppio valore del denaro ed effetti ricevuti o promessi, e in qualunque caso non minore di cento scudi (461). La legislazione Francese, con la quale concorda in gran parte l' Italiana, punisce i corruttori con le stesse pene delle persone corrotte. Se però i tentativi di violenza o corruzione non hanno avuto alcun effetto, gli autori de' tentativi sono semplicemente puniti con la detenzione di tre mesi o di sei mesi, e con una multa di cento a trecento lire (462). In Toscana tanto l' abuso di autorità, che il delitto di baratterìa e *repetundarum*, si ritengono come specie di violenza pubblica e sono puniti con la rilegazione (463).

III. La legge Giulia *de residuis* contemplava il delitto di quelli, i quali, avendo ricevuto danaro per erogarlo in qualche opera di pubblico vantaggio, il convertivano invece in uso proprio, o nol denunciavano, o denunciatolo, il ritenevano oltre l' anno (464). La pena del medesimo consisteva nel rifondere il danaro indebitamente ritenuto, con l' aumento di una terza parte (465), e qualche volta della metà (466). Presso noi è punito con la pena medesima del peculato (467).

(458) D. editto, art. 197.
(459) D. editto, art. 199.
(460) D. editto, art. 199. n. 2.
(461) D. editto, art. 201.
(462) Cod. Pen. Franc. art. 179.
(463) Carmignani, Elem. jur. crim. §. 786.
(464) Ant. Matth. vol. 4. de crimin. pag. 164.
(465) L. 4. §. 5. ff. ad leg. Jul. peculat.
(466) L. Excellentia, 9. Cod. de erog. mil.
(467) D. editto art. 342.

FINE DELLE ISTITUZIONI IMPERIALI.

INDICE DEI TITOLI

LIBRO II.

LIBRO III.

DELLE LEGGI ROMANE

ABROGATE, INUSITATE E CORRETTE

NELLO STATO PONTIFICIO

E ALTRE NAZIONI

SECONDO L' ORDINE DELLE ISTITUZIONI IMPERIALI

E DELLE PANDETTE DI GIUSTINIANO

LIBRI LIV.

DEL GC. A. ROCCHETTI

FANO

DALLA TIPOGRAFIA DI GIOVANNI LANA

1845.

DELLE LEGGI ROMANE

ABROGATE, INUSITATE E CORRETTE

NELLO STATO PONTIFICIO

E ALTRE NAZIONI

SECONDO L' ORDINE DELLE ISTITUZIONI IMPERIALI

LIBRI L.

PARTE I.

DELLE LEGGI ROMANE

ABROGATE, INUSITATE E CORRETTE

SECONDO L' ORDINE DELLE PANDETTE DI GIUSTINIANO

LIBRO I.

TITOLO I.

DELLA GIUSTIZIA E DEL DIRITTO

L. juri operam, 1.

§. Jus naturale.

Giustiniano collocò questo responso nel principio delle sue Istituzioni. Possono ivi riscontrarsi le osservazioni de' moderni Giureconsulti (1).

L. Manumissiones, 4.

Le manomissioni derivano dal diritto delle genti. Esse non sarebbero mai state, se il medesimo diritto non avesse introdotto anche le servitù. Presso tutti i moderni popoli civilizzati poco o nulla rileva questa costituzione del diritto delle genti, essendo cosa certissima che cessata la ragione, per cui fu stabilita la legge, per conseguenza cessa anche la sua disposizione (2).

L. Omnes, 9.

Diritto civile, dice Gaio, è quello che ciascun popolo costituì per la sua città: diritto delle genti quello, che, costituito fra gli uomini dalla stessa retta ragione, si osserva da tutti ugualmente. Questa definizione del diritto delle genti non è oggigiorno scevra di

(1) Veggasi quello che abbiamo detto nel princ. del tit. II. lib. I. Istit.
(2) Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. III. e segg. lib. I. Istit.

censura (3). La definizione del diritto civile è solo conveniente a' primi tempi, ne' quali, formando le nazioni tante distinte e separate repubbliche, era legislatore il popolo (4).

L. Justitia; 10.

La definizione della giustizia data da Ulpiano è tratta da' principii della filosofia stoica. Molti fra' Giureconsulti moderni e quasi tutti fra' pratici non l' hanno seguita (5).

§. Juris praecepta, 1.

Quando Ulpiano dettava i tre principii di diritto contenuti in questo responso, era qualche tempo ch' essi non venivano osservati a rigore. Oggigiorno sembrano aboliti (6).

§. Jurisprudentia, 2.

La definizione della giurisprudenza data da Ulpiano è desunta da' principii della filosofia de' stòici. Parecchi fra' pratici non l' approvarono (7).

(3) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 2. tit. II. lib. I. Istit.
(4) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 4. tit. II. lib. I. Istit.
(5) Veggasi quello che abbiamo detto nel princ. tit. I. lib. I. Istit.
(6) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 3. tit. I. lib. I. Istit.
(7) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 1. tit. I. lib. I. Istit.

TITOLO II.

DELL' ORIGINE DEL DIRITTO, E DELLA SUCCESSIONE DI TUTTI I MAGISTRATI E PRUDENTI.

L. Facturus, 1.

SOMMARIO

Osservazione sulla presente legge.

Necessitava a' tempi de' Romani che gli avvocati nel perorare le cause facessero precedere una prefazione, la quale conciliasse l' attenzione del giudice. In un epoca, in cui le leggi, le cause ed il foro, occupavano principalmente l' interno della città; in un' epoca, in cui non era per anco introdotta la maniera di difendere per iscritto, e tutto il nerbo della perorazione consisteva nel folgore di un' eloquenza verbale; la mancanza della prefazione avrebbe forse palesato mediocrità d' ingegno; non avrebbe disposto l' animo del giudice a una seria e matura attenzione; sarebbevi stato difetto di chiarezza e di metodo. Tutto ciò avrebbe dato di non lieve risorse a un avversario più eloquente, e avrebbe forse messo in dubbio una causa che, altrimenti perorata, avrebbe ottenuto una certa vittoria. Oggigiorno però la procedura si regola diversamente, e la suddetta formalità non è osservata.

L. Necessarium.

SOMMARIO

Dell' origine del diritto. Rimando.

L' origine del diritto da Mosè sino alla compilazione di Giustiniano, le vicende della medesima dopo la decadenza dell' impero sino a' giorni nostri, venne altrove da noi esposta. Per non farne inutile ripetizione, vaglia rimettere il lettore a' luoghi indicati (8).

(8) Veggasi quello che abbiamo detto nel proemio, nel §. 3. e per tutto il titolo II. lib. I. delle Istituzioni Imperiali.

TITOLO III.

DELLE LEGGI DE' SENATOCONSULTI E DELLA LUNGA CONSUETUDINE

SOMMARIO

I. *Della costituzione di Roma sotto Romolo.*
II. *De' cambiamenti avvenuti sotto Servio Tullio.*
III. *Regno di Tarquinio il superbo.*
IV. *Della costituzione di Roma sotto la repubblica.*
V. *Tirannia de' Decemviri.*
VI. *Dittatura di Silla. Primo passo alla Monarchìa.*
VII. *Triumvirato.*
VIII. *Di Cesare e di Augusto. Decadenza della repubblica.*
IX. *Impero di Tiberio. Annullamento dello stato popolare.*
X. *Traslazione dell' impero in Oriente. Estinzione dell' autorità del Senato.*

I. La costituzione del governo fatta da Romolo era un misto di Monarchìa, Aristocrazìa, e Democrazìa; re, nobili e popolo avevano officì e poteri distinti, e formavano, per così dire, tre corpi separati. Una città che nasceva allora, potea facilmente essere la preda del più forte, qualora gli animi e le forze dell' interno in perfetta unione non fossero convivute. L' interesse comune era di sommo stimolo per tenere lontana l' invidia e la gelosia. I poteri e gli officì vennero partiti in modo che ognuno potesse rimanerne soddisfatto. Il re, capo della nazione, comandava gli eserciti, presiedeva a' sacrifici, giudicava gli affari civili e criminali, convocava il senato, univa il popolo e dava le leggi. Il senato, per lo più, era partecipe de' consigli del re, amministrava con esso i pubblici affari e la giustizia, era talvolta l' arbitro della pace e della guerra, e soprattutto avea l' incarico di esaminare con accuratezza le quistioni proposte dal sovrano; che anzi il sovrano medesimo non soleva recare alcun negozio al popolo, se prima non fosse stato discusso dal senato (9). Il popolo aveva l' elezione de' Magistrati, il diritto di approvare le nuove leggi; e talvolta, col permesso del re, quello d' intimare la guerra, e fare la pace.

È chiaro adunque, e tutti gli storici ne rendono testimonianza, che sotto Romolo nè il senato, nè il popolo ebbero potestà legislativa.

(9) Tit. Liv. lib. I. Decad. I. Dionig. D' Alicarnass. lib. 4. pag. 229. 276. lib. 2. pag. 118. lib. 3. pag. 167. 171. 172.

II. I quattro re che vennero in appresso, salvò qualche piccola modificazione, punto non alterarono la forma del governo; ciascun corpo continuò nell' esercizio del suo potere, senza alcuna diminuzione di que' diritti ch' ebbe sino dal principio della costituzione. Ma le cose cominciarono a cambiare d' aspetto sotto il regno di Servio Tullio. Il senato, morto Romolo, si prese l' incarico dell' elezione del nuovo Monarca: tale incarico non era di lieve giovamento alle sue vedute; godendo egli, durante l' interregno, di una potestà pressocchè regia, spesso nel tempo intermedio per aumentare le prerogative del proprio ordine, ne differiva a bello studio l' esecuzione. Com' egli, dopo Romolo, aveva eletto i quattro re successivi, così riputava di aver pienamete acquistato il diritto dell' elezione in perpetuo. Servio Tullio che aveva, o credeva di avere, delle ragioni per non essere favorito dal senato, procurò di non averne bisogno, e studiò di trarre al suo partito il popolo. Egli era genero del predefunto sovrano, e questo gli somministrava delle ragioni per ottenere l' intento. La vedova regina, sebbene in pregiudizio de' propri figli, intese a coadiuvarlo. Il disegno sortì effetto. Il popolo gridò Servio Tullio re de' romani, senza che il senato vi avesse parte (10). Il favore ricevuto da questo corpo meritava dal re un compenso. Egli l' avea promesso e l' accordò. Spogliossi, dice Dionigi d' Alicarnasso, della metà del regio potere; portò tutti gli affari direttamente al popolo, lo sgravò dal peso delle imposizioni, e ne diede tutto il carico ai patrizi (11).

In cotal modo sotto Servio Tullio la potestà regia ebbe una diminuzione; si diminuì la dignità del senato, e crebbe la potestà del popolo (12).

III. Il settimo ed ultimo re di Roma tenne per salire al trono una strada molto diversa da quella del suo predecessore, e totalmente opposta a quella de' cinque primi Monarchi. Considerando egli Servio Tullio come un usurpatore, stimò che la corona gli appartenesse per diritto ereditario. Fece uso di un potere dispotico, e l' occupò senza dipendere nè dal senato nè dal popolo. Un atto assolutamente arbitrario non poteva a meno di attirargli l' odio di entrambi i corpi. Egli se n' addiede; studiò di schermirsene, e farne vendetta. Perseguitò l' ordine de' senatori, e più volte li escluse dall' amministrazione de' pubblici affari e de' giudizi; formò leggi, senza l' approvazione del popolo, e spesso ne fece anche contro il popolo (13).

(10) Dionig. d' Alicarnass. lib. 3. pag. 159.
(11) Lib. 4. pag. 229.
(12) Dionig. d' Alicarnass. lib. 4. pag. 245.
(13) Dionig. d' Alicarnass. lib. 4. pag. 243.

In quest' epoca il senato nón solo non avea potestà legislativa; ma era eziandio decaduto dalle antiche prerogative. Il popolo sgomentato dall' audacia di Tarquinio s' era dimentico di essere legislatore, e la forma della prima costituzione piegava alla monarchia assoluta.

IV. Il governo dei re ebbe termine con Tarquinio. Nacque la repubblica. I nobili furono solleciti a farsi padroni di tutti gl' impieghi e di tutte le magistrature. Dopo la dittatura, maggiore tra esse era il consolato. Si divisò che il console non potesse eleggersi che nell' ordine de' patrizi e de' senatori. L' autorità del medesimo, era fuormisura eccessiva e spiacque; nacquero dissenzioni e rivoluzioni gravissime: fu giucoforza diminuirla: allora furono stabilite nuove magistrature, alle quali fu dato di aspirarvi anche al popolo. Oltre i Pretori, i Questori, gli Edili, i Tribuni dell' erario, i Censori ed altri magistrati, comparvero i Tribuni della plebe.

Sotto la repubblica il senato non aveva peranco potestà legislativa, e comecchè molta se ne arrogassero i Censori, tuttavolta le leggi si formavano dal popolo. La costituzione del governo era però stravagantissima. Se le leggi si facevano per curie o per centurie, era legislatore l' universo popolo nel suo composto di nobili e plebei: se si facevano per tribù, era legislatore il popolo, ma solo nella parte della plebe. I plebisciti obbligavano anche i patrizi; donde ne veniva per conseguenza che un corpo dello stato, ossia i plebei, aveva potestà legislativa sopra un altro corpo dello stato, ossia sopra i patrizi. In questo modo, se non erro, i nobili venivano spogliati della prerogativa di cittadini, il che era un assurdo. D' altronde il senato avea la facoltà di creare un Dittatore. La creazione di questo Magistrato, il quale riuniva in in sè stesso l' autorità e la dignità di un Imperatore, faceva tacere le leggi del popolo e riduceva la repubblica a Monarchìa.

V. Era certo impossibile che in uno stato, in cui tanti e così vari erano i partiti e le opinioni; in cui l' odio inveterato fra' nobili è plebei cagionava ogni giorno nuovi tumulti; si potesse procedere con leggi fatte al momento, senza maturità di esame. La giustizia che debb' essere scevra da segrete e private passioni, non si poteva senza gravi inconvenienti rimettere ell' equità dell' arbitrio in un tempo, in cui le passioni erano, anzi che no, violentissime. Fu di unanime consenso stabilito che in avvenire gli affari civili si dovessero regolare con norme di diritto stabili e certe. Tornati i messi spediti a ricercare e studiare le leggi e le costumanze straniere, furono di pubblica autorità creati i Decemviri, a' quali ne fu commessa la compilazione.

Venne a' Decemviri accordato un potere estesissimo : riuniva in sè stesso quello de' consoli e de' tribuni. Il popolo si spogliò della potestà legislativa, e il senato di quella parte che poteva avervi. Non bastava : fu data a' Decemviri anche tutta la potestà di giudicare e di eseguire. Sotto questi dieci tiranni la forma del governo piegava insensibilmente all' aristocrazia.

VI. Il coraggio di un solo trasse la benda dagli occhi di tutti. Sparirono i Decemviri, e Roma tornò democratica. Il popolo, geloso de' suoi diritti, prese nuovamente il potere legislativo : il senato ricovrò la maggior parte dell' esecutivo. I forestieri, veggendo con quale estensione veniva da quest' ultimo esercitato, ritenevano che Roma fosse un'aristocrazia (14). Le cose, sebbene con qualche variazione, procedettero in tal modo sino alla dittatura perpetua. Le civili discordie fra Mario e Silla, e la diversità de' partiti che nacquero in quell' epoca di stragi, scopersero l' occasione al più forte d' infievolire la potestà del popolo e del senato. Silla, fatto Dittatore perpetuo, profittò di tanto importante magistratura per favorire i suoi progetti. Si arrogò le parti di legislatore, fece nuove leggi, e molte fra le antiche abolì.

Sotto la dittatura di Silla, furono oppressi e popolo e senato : rovinò lo stato consolare, e si aperse il primo sentiero alla potenza imperiale.

VII. Morto Silla, le fazioni e lo spirito di partito si sollevarono più forti che mai. Le passate vicende avevano già introdotto nel governo di Roma abusi infiniti. Non mancò chi seppe trarne profitto. Quella repubblica che, gelosa del suo potere, aveva sino dal nascere indebolita e divisa l' autorità de' consoli, vide per effetto della sua negligenza riunito tutto il potere di un Monarca sul capo di tre personaggi, i quali a viso aperto si disputavano le parti che volevano dominare.

Sotto il triumvirato lo stato popolare ebbe la seconda ferita. Se Roma conservava tuttavia cosa alcuna di democratico, era piuttosto l' apparenza ed il nome, che la sostanza e l' effetto.

VIII. Cesare, elevato anche egli alla dittatura perpetua, aveva tutta l' autorità di un re, sebbene per avventura gliene mancasse il fasto, e ne ambisse il nome. I più zelanti e fervidi amatori della spirante repubblica ne mossero querele, e tentarono il mezzo di commuoverne il popolo. Ma il popolo, abbagliato dalla politica di Cesare, aveva perduta l' antica gelosia ; e d' altronde il dittatore, per la-

14) Polib. lib. 6.

sciargli un' immagine dello stato popolare, nol privò totalmente del diritto de' comizi; ma partì questo diritto con lui (15). Estinto Cesare, restava all' ingegno di Augusto il percorrere un sentiero così bene avviato. Silla, i Triumviri, e finalmente Cesare, ne avevano rimossi gli ostacoli, e non era malagevole il venirne a capo. Fu salutato Imperatore, e il popolo e il senato gli rassegnarono la propria potestà. Ma Augusto, il quale fu altrettanto prudente Imperatore, che pessimo Triumviro, conobbe non essere opera di fina politica lo spogliare a un tratto i Romani di tutti gli antichi diritti; e, se non altro, volle almeno lasciargliene l' apparenza. La dignità del consolato era quella che più di tutte rammentava l' antico stato popolare: sebbene spoglia della primitiva autorità, fu ritenuta; e lo stesso Imperatore si fece chiamare anche console. Imitando l'esempio di Cesare, restituì al popolo il diritto de' comizi, che per le frequenti guerre civili era stato qualche tempo sospeso (16), e pose nelle mani del senato la maggior parte della pubblica amministrazione.

Tutte queste disposizioni che in apparenza erano savissime, in sostanza si riducevano a nulla. Il diritto che aveva il popolo di dare i suffragi era più immaginario che reale; e il senato cominciava a diventare lo strumento della volontà e de' capricci del Principe. In quest' epoca la potestà legislativa era più ne' prudenti, che ne' due suddetti corpi dello stato.

IX. Il dado era tratto, nè mancava che cogliere il frutto della vittoria. Tiberio non lasciò che sfuggisse. La prosperità dell' impero di Augusto aveva condotto a Roma gran numero di forestieri; la pace aveva moltiplicati i cittadini. Sotto pretesto che riuscisse malagevole di convocare il popolo in uno, Tiberio dimostrò la necessità di togliere il diritto de' suffragi, e trasmetterlo a' Padri. Il popolo avea già cominciato ad assaporare il piacere del lusso, delle ricchezze e della mollezza: riguardò il suo diritto come una briga e si lasciò facilmente persuadere. Non fu più legislatore e lo divenne il senato (17). Gl' Imperatori conseguirono in tal modo il loro intento. Prima de' suffragi solevano a bello studio premettere un' orazione, la quale dimostrasse il loro intendimento: il senato, composto la maggior parte di creature del Principe, non divenne che l' oracolo del suo volere (18).

(15) Sveton. in Jul. Caesar. cap. 41.
(16) Sveton. in August. cap. 40.
(17) Tacit. Annal. lib. 1. cap. 15.
(18) Tranquill. in Tiber. cap. 29.

Sotto l' impero di Tiberio fu totalmente distrutta la potestà legislativa del popolo; e da quell' epoca i senatoconsulti ebbero forza di legge.

X. Finchè Roma fu l' unica metropoli dell'Impero, la potestà del senato, qual più qual meno, si mantenne sempre la stessa. Ma la divisione di Costantino venne tosto a scemarla. Dopo che la corte si trasferì a Bisanzio, la costituzione del governo fu totalmente cambiata; si seguirono in gran parte gli usi, le costumanze e le leggi de' greci. Gl' Imperatori d' Oriente non amarono quell' ombra di senato, immagine di una morta repubblica, ne indebolirono l' autorità, la ridussero come una face priva di alimento e finalmente la spensero (19).

Giova il conoscere tutto questo tratto di storia per indi rilevare che non essendovi oggigiorno nè diritto di suffragio, nè comizi, nè decreti di senato, i quali abbiano forza di legge, la rubrica di questo titolo non in tutto è conveniente agli odierni nostri costumi (20).

L. Non ambigitur, 9.

SOMMARIO

Osservazione sulla presente legge.

Non v' ha alcun dubbio, dice Ulpiano, che il senato possa far leggi. Le parole del giureconsulto non si possono riferire che a' tempi di Tiberio, non a quelli della libera repubblica; mentre prima di questo Imperatore il senato non avea facoltà che di fare decreti annuali, i quali non ricevevano forza di legge, se il popolo non li avesse approvati (21). Oggigiorno è questa una risposta superflua (22).

(19) Nov. Leon. 78.
(20) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 5. tit. II. lib. I. Istit.
(21) Polyb. lib. 6. cap. 12. Dionig. d' Alicarnass. lib. 4. et 7.
(22) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 5. tit. II. lib. I. Istit.

L. De quibus, 32.

§. Inveterata, 1.

SOMMARIO

Della consuetudine contro la legge espressa. Differenza de' tempi.

Ulpiano osserva che l' inveterata consuetudine non immeritevolmente si ritiene come legge. E ciò per questo, che siccome il popolo può dichiarare la propria volontà co' suffragi, può eziandio dichiararla col fatto stesso. Donde ne viene per conseguenza che il popolo legislatore non solo può formare una legge co' propri suffragi, ma eziandio abrogarla mediante consuetudine contraria. È chiaro che Ulpiano riferisce la sua sentenza a que' tempi, ne' quali il popolo avea potestà legislativa, il che si dimostra apertamente dalla sua medesima argomentazione dal diritto de' suffragi a quello d' introdurre la consuetudine (23). Ma cambiata la forma del governo, caduta l' antica repubblica, tolto il diritto de' suffragi, e trasferita la potestà del popolo nel Principe, le cose ebbero a cambiare aspetto; e la facoltà di derogare a una legge scritta dovè per conseguenza passare nel principe legislatore, e togliersi al popolo diventato suddito. E in fatti, sotto l'impero della nuova legislazione, quando la forma del governo passò in assoluta monarchìa, e il principe divenne l' unico legislatore, le leggi, accomodate alla diversità de' tempi, stabilirono non potersi per contraria consuetudine derogare ad una legge fatta dal Principe (24). Questa disposizione è ragionevolissima; imperciocchè la facoltà di togliere una legge non può competere, se non a quello che può farla. L' antinomìa fra la risposta di Ulpiano e la legge del Codice consiste nella differenza de' tempi; e ciò parmi tanto chiaro, che non vaglia la pena di conciliarla.

Tuttavia è degno d' osservazione che la potestà del Principe derivò dal popolo, il quale di unanime consenso l' elesse a suo rappresentante e capo della nazione (25). Se adunque il popolo mediante un uso contrario mostra di non volere la legge fatta dal Principe, dal silenzio di questo si può giustamente presumere il suo consenso (26),

(23) Vinn. comm. ad Instit. §. sine scripto, tit. de jur. nat. gent. et civ.
(24) L. 2. Cod. quae sit long. consuet.
(25) Card. de Luc. de benef. disc. 13. n. 11.
(26) Arg. §. sine scripto, Inst. de jur. nat. gent. et civ.

e perciò la maggior parte de' pratici nol pone fra' requisiti della consuetudine (27). La suddetta ragione ci può far conoscere, perchè non si ammetta contraria consuetudine nelle leggi del Pontefice, cioè perchè egli non riconosce la potestà dal popolo; ma indipendentemente dal popolo.

L. Cum de consuetudine, 34.

SOMMARIO

La consuetudine centenaria o immemorabile non ha bisogno della conferma in giudizio contradditorio.

Osserva il giureconsulto che per provare la consuetudine giova il dimostrare ch' essa fu talvolta confermata in giudizio contradditorio. Ma, se la consuetudine s' induce per consenso del popolo, che cosa importano le sentenze e le regiudicate? Egregiamente osserva il Vinnio che se la consuetudine sia tanto certa, che di essa non siasi mai dubitato innanzi a' Tribunali, debbe avere maggiore autorità di quello che, se in giudizio contradditorio sia stata alcuna volta revocata in dubbio (28). In pratica è comunemente ricevuto che qualora la consuetudine non sia contro la legge, non v' abbia bisogno dell' approvazione in contradditorio, specialmente se sia centenaria o immemorabile (29).

(27) Schneid. nel §. sine script. Inst. de jur. nat. gent. et civ. n. 2. Tulden. comm. ad Cod. tit. quae sit. long. consuet. n. 1. Cristin. vol. 2. Decis. 55. n. 5. 6. Andr. Gail. obs. pract. lib. 2. obs. 31. Mynsing. cent 6. obs. 41.

(28) Arg. l. immo magnae, 36. hoc. tit.

(29) Cujac. obs. lib. 20. cap. 1. Gail. lib. 2. obs. 31. n. 8. Mynsing. cent. 6. obs. 41. n. 15. Cristin. vol. 4. Decis. 187. n. 7. Ruota, nella Sulmon. Praecedentia, 4. Dicembre, 1758. Ratta nella Faventina lucri dotalis, 28. Aprile, 1777. Soderini, §. 11. e nella Melevitana, seu Barchion. Antianitatis, 17. Giugno, 1793. Acciajuoli, §. 16.

TITOLO V.

DELLO STATO DEGLI UOMINI.

SOMMARIO

I. Lo stato nel senso delle leggi civili è una qualità, la quale riveste gli uomini di alcuni diritti, e li distingue, per così dire, dal rimanente de' loro simili. Ne' primordj dell' umana società cotesta distinzione veniva, come altre volte osservammo, formata dalla maggiore o minore robustezza delle proprie forze; ma quando cominciarono a formarsi le nazioni civili, quando si viddero comparire i regni e le repubbliche, lo stato delle persone fu regolato da certe leggi, e fu il primo oggetto del diritto. Gli Ebrei che furono senza dubbio i popoli più antichi, ne dettero prima di tutti l' esempio. Gli Egizi ed i Greci l' imitarono, ed i Romani non ebbero mestieri di mandar per questa parte a conoscere le costumanze straniere. Ogni città, ogni popolo ed ogni nazione ben governati, ritennero la distinzione fra liberi e servi, fra cittadini e stranieri, fra capi e figli di famiglia; e solo peccarono in ciò, che in niuna materia, meglio che in questa, confusero il diritto privato col politico.

II. La servitù è antichissima, e noi ne abbiamo altrove dimostrato la condizione e l' origine (30). Allora osservammo che tra servo e bruto non era alcuna differenza, salvo nel prezzo, mentre l' uomo

(30) Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. III. lib. I. Istit.

per gli affari, a' quali veniva deputato, o per l'arte che esercitava era sempre di maggior valore. Una condizione tanto meschina, totalmente contraria allo stato naturale, dovea necessariamente richiamare l' attenzione delle genti, e far pensare a un mezzo, perchè in qualche caso dovesse cambiare. Spesse volte poteva occorrere che l' ingegno, i meriti o i servigi di un servo meritassero qualche compenso; ma niun compenso poteva avere efficacia, qualora il medesimo non avesse prima conseguito l' essere. È noto che il servo, rispetto alle leggi di qualsivoglia sorta, dalle naturali in fuori, si considerava come non fosse (31). Gli uomini che introdussero le servitù, introdussero parimenti i mezzi per farle cessare, e li chiamarono manomissioni; di esse fecero uso tutti i popoli, e perciò si ritennero di diritto delle genti (32). Mediante questo beneficio l' uomo cominciava ad esistere nella vita civile; e, quasi in prova di ciò, assumeva de' nomi che prima non avea, conseguiva la libertà, e con essa i diritti di cittadino. Non può richiamarsi in dubbio che i servi, sulla speranza di farsi degni di tanto importante beneficio, studiassero a tutti i mezzi possibili, per ottenere l' amore de' propri padroni. Essa dovea naturalmente renderli premurosissimi, sommessi, obbedienti, arrischiati e pronti a commettere qualunque azione fosse piaciuta al despota, nelle cui mani era riposto il fatal diritto della vita e della morte. Giova osservare che tale illimitata potestà, derivata da un costume barbaro ed inumano, non poteva a meno di mettere il servo nella necessità di rendersi malvagio, qualora il padrone, per qualche suo biasimevole capriccio, l' avesse ordinato. E in fatti, quando, dopo la terza guerra punica, i costumi piegarono al lusso e alla mollezza, e s' introdussero ne' Romani l' opulenza ed il vizio, non ristettero i padroni di far servire alle proprie voglie l' opera e l' industria de' servi. La libertà divenne più presto il compenso del misfatto, che del merito; e Roma, prima tanto gelosa della propria civiltà, vidde nel suo grembo una moltitudine di spregievoli ed obbrobriosi cittadini.

III. La storia della legislazione e quella de' costumi sono fra loro dipendenti come la causa e l' effetto; e quindi non si può agevolmente trattare della prima, senza toccare per necessità la seconda. Le leggi, come più volte osservammo, sono e furono sempre il parto della circostanza; la circostanza nacque e nasce dagli attuali bisogni; e gli attuali bisogni dagli attuali costumi. A' tempi di Servio Tullio i Ro-

(31) L. 32. l. 209. ff. de reg. jur.
(32) L. manumissiones, 4. ff. de just. et jur.

mani erano, anzi che no, castigatissimi, e vivevano, per così dire; nella primiera e nascente loro austerità. La gelosia del nome di cittadiro era allora di ritegno forte abbastanza, perchè del medesimo non si onorasse, se non chi per qualche merito personale poteva giustamente aspirarvi. Per la qual cosa le istituzioni di questo re, conformandosi all' attuale austerità di costumi, stabilivano generalmente e senza distinzione che qualunque servo, fatto libero, godesse di una libertà piena ed assoluta; e fosse partecipe di tutti i diritti annessi alla qualità di cittadino (33). Ma parecchi anni dopo la guerra di Annibale fu necessario restringere una disposizione cotanto generale: i tempi avevano cambiato; i costumi non erano più quelli; e il fatto prova che dove i Romani erano tanto gelosi del loro nome nazionale presso gli esteri, non lo erano altrettanto nella loro patria medesima. Per lo innanzi niuna legge aveva peranco vietato a' padroni di manomettere quel numero di servi che loro fosse paruto e piaciuto. La manomissione non era che un' alienazione; e, in conseguenza de' diritti del dominio, ciascuno era padrone di alienare il suo in qualunque maniera. Ma l' abuso dette luogo a nuovi provvedimenti. La costituzione di Servio Tullio, perchè uscita in circostanze diverse, non era più adattata: si fecero alcune distinzioni; e allora nacque la notissima differenza ne' modi di manomettere, e nell' effetto delle manomissioni. Sotto il Consolato di Sesto Elio Catone, e di Cajo Senzio Saturnino, nell' anno di Roma DCCLV. fu rogata e vinta una legge, ove stanziavasi, che tutti que' servi, i quali fossero stati pubblicamente battuti, marchiati, dannati al ferro, o esposti alle fiere, in qualsivoglia modo manomessi, non fossero partecipi di tutte le prerogative della romana civiltà, ma si dovessero considerare al pari de' deditizi (34). Per la stessa ragione sotto il consolato di Giunio Silano, e L. Giunio Norbano nell' anno di Roma DCCLXVI. venne disposto che i servi manomessi ne' modi meno solenni si ritenessero esclusi dalla suddetta cittadinanza, concessi loro soltanto i diritti delle colonie latine (35). Dietro queste disposizioni di legge, venne a formarsi la triplice distinzione de' liberti in cittadini romani, Latini Giuniani e deditizi.

IV. Cotesta classificazione di liberti e la differente maniera con cui venivano dalle leggi civili considerati, non impedì che sotto l' impero

(33) Dionig. d' Alicarnass. l. 4. c. 126. Cicer. pro Cornel. Balb. c. 14.

(34) Sveton. in Aug. c. 40. Ulpian. fragmen. tit. 1. §. 1. Cajus. Instit. lib. 1. c. 1. §. 3.

(35) Ulpian. fragmen. tit. 1. §. 10. Cajus. Inst. ibid. §. 11.

la loro condizione ricevesse qualche miglioramento. Le vicende de' tempi, come osserveremo in appresso, avevano già recato variazioni moltissime, nè potevano ormai più convenire a un vastissimo impero quelle massime di diritto che erano stabilite per una piccola città. Già le provincie Italiane con gravissimo spargimento di sangue s'erano levate dalla loro condizione, avevano accomunata la cittadinanza con la metropoli dell' impero; i nomi di colonie latine e di popoli dedititizi rimanevano in pratica scevri di effetto. Per la qual cosa Giustiniano con savio discernimento stimò più opportuno di accomodare le leggi al suo secolo e togliere una distinzione ormai disusata coll' accordare a tutti i manomessi indistintamente i diritti de' cittadini romani (36). Dopo questa costituzione rimase l' unica differenza fra gl' ingenui e libertini. I primi godevano, per così dire, di una specie di nobiltà innata, della quale erano privi i secondi; avvegnacchè la manomissione faceva acquistare la libertà, ma non la nobiltà. Tuttavia nulla impediva che i posteri de' liberti, perdutasi la memoria dell' antica condizione de' loro padri, potessero anch' essi salire in nobiltà; in quella stessa maniera che oggigiorno veggiamo salire a tal grado famiglie che prima erano di condizione abbiettissima. E v' ha forse questa differenza fra gli antichi e moderni tempi, che se prima attendevasi che una serie di posteri cancellasse colle loro azioni la memoria di una volgarissima origine; oggi, senza far caso delle azioni, si fregiano di nobiltà anche le persone di volgo più vile, sebbene la loro umiliante condizione sia tuttora freschissima nella memoria degli uomini. Giustiniano però che avea delle ragioni per non dar peso alla nobiltà, concesse a' manomessi tutti i privilegi de' natali, e tolse in tal modo qualunque differenza fra libertini ed ingenui (37).

V. Dopo le leggi di Giustiniano, tolta la differenza fra ingenui e libertini, lo stato delle persone, considerato nel primo aspetto, si restrinse unicamente a' liberi e servi. Vivente questo Imperatore, l' Italia divenne preda de' barbari; ma i torrenti calati dal settentrione non recarono alla libertà personale alcun miglioramento. I Goti, i Visigoti, i Longobardi, i Franchi e tutti i popoli Germanici conoscevano anch' essi la servitù, e non ebbero bisogno di venirne ad imparare i principii in Occidente. È bensì vero che in quest' epoca si modificarono in gran parte le massime di diritto riguardo a' prigionieri di guerra; ma, quanto a' ser-

(36) §. ult. Instit. de jur. person. l. unic. Cod. de lat. libert. toll. l. unic. Cod. de dedit. lib. toll.

(37) Salvo però il gius patronato, Nov. 78. cap. 1.

vi di origine, non solo si ritennero quelle che attualmente dominavano, ma si chiamarono eziandio in vigore parecchie di quelle che il tempo aveva disusate (38). Nulladimeno le continue rivoluzioni, cui fu soggetta l' Italia nel secolo XII. scopersero l' occasione di scuotere il giogo. Quando Roma e l' Italia formavano un vasto impero; quando le province occupate da' popoli del Nord formavano un regno unito, le leggi erano uniformi, obbligavano tutti, e n' era facile l' esecuzione. I servi giacevano nell' oppressione, occupati ne' più vili esercizi, e spesso nelle campagne. Era loro difficile di formare progetti superiori alla loro condizione, e trovare uno scampo nella fuga. Le leggi che dominavano l' impero e il regno vietavano di traghettare, occultare, o ricovrare i servi fuggitivi. L' unione in cui erano tutte le città d' Italia come rendeva difficile l' evasione, rendeva altrettanto facile la persecuzione. Ma tosto che delle Città Italiane si formarono tante piccole repubbliche, e tanti separati e diversi dominii, la legge cessò di essere uniforme, e quelle che disponevano generalmente sull' andamento de' servi, cominciarono a diventare inutili. Le cose cambiarono: divenne facile la fuga e difficile la persecuzione. Gli odi municipali che regnavano in ogni città, gareggiando di farsi ogni male e peggio, si piacevano di scemare il numero de' servi alle città nemiche, perocchè nel numero de' servi consistesse per l' ordinario il maggiore e più spendioso patrimonio de' cittadini. A tutto ciò si aggiungeva il bisogno della guerra. A' tempi de' Romani e de' re Longobardi i servi, come persone vilissime, venivano affatto esclusi dalla milizia. Era forse questa una veduta politica. L' armare una moltitudine di persone, che per naturale istinto dovevano cercare i mezzi di fuggire la schiavitù, poteva dar luogo a qualche sedizione, e spesso a una rivolta anche contro i padroni medesimi. Ma sotto le repubbliche Italiane, prevalendo il bisogno, di queste vedute non si fece alcun caso. Que' servi che prendevano le armi in favore della patria, ottenevano la libertà. In un' epoca, in cui le guerre erano non solo sanguinose, ma frequentissime, l' adito alla libertà restava, per così dire, aperto ogni giorno; e così l' antico rigore e la servitù andettero in disuso (39).

(38) E in fatti gl' Imperatori Diocleziano e Massimiano avevano espressamente vietato di far de' servi per cagione di debito, L. ob aes alienum, Cod. ut actiones. Ma sotto i re Longobardi e Franchi chi non pagava i suoi debiti veniva condannato a perdere la libertà in vantaggio del creditore. Murat. Antiq. med. aev. Dissert. 14.

(39) Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. III. lib. I. Istit.

VI. Tutto ciò che abbiamo detto riguarda il primo punto dello stato degli uomini, ossia la libertà. L' altro è quello della cittadinanza, pel quale i medesimi nelle civili società si distinguono in cittadini e stranieri. Si chiamano cittadini tutti quelli che sono capaci degli onori della repubblica, e in atto o in potenza, direttamente o indirettamente, partecipano della sovranità. Si chiamano stranieri tutti quelli che appartengono a un' associazione politica diversa dalla nostra. Il nome di suddito è totalmenle opposto, perocchè con tal vocabolo si vogliono denotare tutti quelli che appartengono ad una società politica, senza distinguere se godano, o no, de' diritti cittadini.

VII. Roma, dopo soggiogata l'Italia, dovea naturalmente rendersi gelosa di un nome che denotava l' esercizio di tanti diritti; e, d' altra parte, le città italiane non potevano a meno di dolersi per esserne escluse. A rimanerne convinti basta dare uno sguardo alle conseguenze che nascevano dalla loro diversa condizione. I Romani, come cittadini, erano essi soli partecipi della sovranità; le città italiane, come suddite, non ne avevano alcuna. In tal modo, diventando Roma ogni giorno più popolare, ed essendosi alla plebe accomunate le cariche e gli onori, ogni più vil plebeo di quella città avea giusta ragione, o, se non altro, non potea mancargli la pretensione, per credersi da più di qualsivoglia riputato patrizio delle altre. E in fatti, ogni plebeo di Roma aveva voce attiva e definitiva nell' elezione e nella legislazione; concorreva indirettamente a tutte le disposizioni concernenti la guerra e la pace; con un po' di brighe e partito potea diventar magistrato: aveva quindi il mezzo di travagliare o favorire quelle città che più gli piacevano o detestava. Non è però a dire con quanto d' impegno e di zelo le sgraziate provincie italiane studiassero di rendersi benemerite a quella superba dominante, per accattarne il favore e riportarne de' privilegi. La posizione locale ed i trattati avevano accordato qualche preferenza a' popoli del Lazio. Le colonie latine godevano di tutti i diritti derivanti dal diritto delle genti; ma non di quelli concessi solamente dal diritto civile. Il perchè, a differenza degli altri popoli, potevano contrattare liberamente, disporre de' loro beni per donazione tra' vivi, o per causa di morte; ma non avevano lo jus connubi, il diritto di patria potestà, nè quello di testare, com' era in Roma; nè potevano da' Romani ricevere cosa alcuna per testamento, qualora entro il termine di cento giorni dall' accettazione dell' eredità non avessero acquistato la romana cittadinanzá. La condizione de' popoli deditizi, ossia di quelli che, vinti in guerra, s' erano arresi a discrezione, era di gran lunga inferiore; mentre essi non potevano acquistare le cose man-

cipi, nè potevano dare e ricevere per testamento. La maggior differenza che correva fra' latini e' deditizi, consisteva in questo, che i primi potevano in molti modi acquistare la piena cittadinanza romana, dalla quale erano in perpetuo esclusi i secondi. Cotali privilegi concessi a' popoli del Lazio partorivano di pessime conseguenze alle rimanenti Città italiane. Molti, per aprirsi l' adito alla cittadinanza, emigravano dalla propria patria, ed ivi si trasferivano. La qual cosa tanto più molesta riusciva agli italiani, in quanto giustissime ragioni avevano di voler partecipare anch' essi de' diritti de' Romani. Le conquiste dalla repubblica fatte fuori d' Italia erano la maggior parte dovute al braccio de collegati; e perciò dovevano questi comportare gravemente che altri se ne cogliesse il miglior frutto. D' altra parte, la superbia de' Romani cresceva con le vittorie, e quanto più la loro grandezza riceveva incremento, tanto più si rendevano ritrosi di volerla comunicare con popoli che ritenevano poco meno de' servi. Pensieri cotanto opposti dovevano per conseguenza seminare negli animi una reciproca avversione. Si proruppe in querele; secondo le circostanze fecersi de' provvedimenti: uscirono le leggi Papiria, Valeria, Glaudia, Papia, Fulvia, Sempronia, Servilia, Licinia e Livia. I mali semi si assopivano, non si estinguevano. Surse il famoso tribunato de' Gracchi. Fra le innovazioni che si tentarono nell' epoca della loro magistratura, vi fu pur quella di volere accordare la romana cittadinanza a tutte le nazioni italiane, ed estenderla quasi fino alle Alpi (40). Si opposero i patrizi. Nacquero rivoluzioni in Roma, rivoluzioni nelle provincie. Spenti i Gracchi, Marco Druso Tribuno della plebe, intestò nello stesso progetto: fu oppresso e morto. Per istigazione de' nobili di Roma pubblicossi la legge Varia: scopo della medesima era la punizione di coloro che avevano segretamente o in palese favorito le parti degli Italiani. Questi, veggendosi inutilmente adescati, e oppressi i loro amici, entrarono nella risoluzione di ottenere con la forza ciò che non avevano potuto ottenere con le ragioni. Fecero una lega, a capo della quale preposero i Marsi ed i Sanniti. Dopo vari fatti d' arme, seguì in Ascoli un ferocissimo combattimento, dove, oltre il Console Quinto Servilio, perirono quanti cittadini si trovarono.

VIII. Sgomentati i Romani dal pessimo successo dell' armi loro, conobbero che la forza poco giovava contro un popolo, al quale erano precipuamente debitori della propria gloria. Cambiarono parere e ricorsero ad altri spedienti. Presero partito di dividere i collegati, ac-

(40) Vell. Pat. lib. 2.

cordando la cittadinanza a quelle città che non avessero preso le armi. I Latini che godevano metà de' diritti de' Romani anche prima della guerra sociale, nè vollero avventurare il certo per l'incerto, s'erano mantenuti neutrali. Gli Umbri ed i Toscani ne avevano seguito l'esempio: premio della loro inazione fu quello di essere posti in possesso di que' diritti che gli altri procacciarsi tentavano con le armi in mano. Lo spediente ebbe effetto. Molti popoli, per essere collocati nello stesso grado de' Latini, trattarono privatamente della pace, e abbandonarono la lega. Indi ne nacquero due mirabilissime conseguenze: primo, che le forze della repubblica ricevettero sommo incremento, dacchè i popoli, messi a parte della cittadinanza, non poterono poscia a meno di considerare come propria la causa di Roma; secondo, che i sollevati conseguirono in effetto tutto ciò che avevano domandato prima di ribellarsi (41). In mezzo a queste turbolenze sorgeva intanto quell' idra che doveva abbattere lo stato popolare. Mario, famoso capo della plebe, facea temere grandemente di sè stesso, e già minacciava di portar le armi contro Roma. Il senato, per accrescere il suo partito, stimò prudentissimo di alienare porzione degli Italiani dal partito di Mario con l'offerire la cittadinanza a tutti que' popoli che avessero deposto le armi. In cotal modo nell' anno di Roma DCLXV. la maggior parte delle provincie Italiane furono al popolo principe incorporate. È bensì vero che, tornato Silla in Italia vincitore di Mitridate, revocò gran parte delle disposizioni del senato; e che, per atto di vendetta privò di cittadinanza parecchi popoli Italiani, fra i quali i Marsi ed i Sanniti; ma, come attestano gli storici, gli ordini suoi non vennero su questo punto eseguiti; e le nazioni Italiane, non ostante la feroce dittatura di quel despota, salvo qualche distinzione, ritennero que' privilegi che loro stati erano accordati.

IX. Nell' epoca suddetta l' Italia non comprendeva quelle provincie che allora chiamavansi Gallia Cisalpina, e che a' giorni più comunemente si distinguono col nome di Lombardia. È quindi evidente che i privilegi, de' quali furono rivestite le rimanenti Città Italiane, non poterono allora essere comuni anche a' Lombardi. Cesare però, il quale, parecchi anni dopo la dittatura di Silla, aveva avuto il governo di que' popoli, non mancava di particolare interesse, per tenerseli affetti. Giudicò a proposito di promettere loro la cittadinanza. È bensì vero che le sue parole non ebbero effetto; ma, dopo la morte di lui, per vedute non meno politiche, vennero loro mantenute da M. Anto-

(41) Vell. Pater. lib. 2. pag. 18.

nio e da Ottaviano Cesare. In questa maniera l'antico corpo d'Italia venne ordinata in una stessa nazione.

X. Dopo che per opera del medesimo Ottaviano la civiltà Romana fu comunicata anche a' popoli Cisalpini, i primi Cesari, veggendola già di troppo estesa, si mostrarono assai parchi nel concederla più oltre; e lo stesso Ottaviano, diventato Augusto, non l'accordò che a fatica e con grandissima difficoltà. Fu difatti in tal' epoca che uscirono la legge Elia Senzia, Giunia Norbana ed altre che intendevano a limitare i diritti de' manomessi, riguardo al privilegio di cittadini. Ma con l'andare del tempo le cose cambiarono. Sembra che Claudio fosse il primo a dipartirsi dalle massime adottate da Augusto: poscia Adriano e Marc' Aurelio, sebbene con molta parsimonia, ne imitarono in qualche caso l'esempio. Che che però ne sia delle disposizioni particolari di questi Imperatori, certo è che le somme prerogative della romana civiltà furono poste in non cale sotto Antonino Caracalla, il quale con sua generica costituzione dichiarò cittadini romani tutti quelli che vivevano nel dominio dell'impero (42). Del resto giova osservare che al tempo, in cui fu pubblicata la suddetta costituzione (quando pure ella si voglia attribuire, come alcuni opinarono, ad Antonino Pio o a Marco Aurelio il filosofo) il nome di cittadino s'era in sostanza ridotto a meno fasto, spoglio in effetto di quasi tutte, o almeno delle principali, prerogative, delle quali era rivestito all' epoca della guerra Italica. La qualità di cittadino a' tempi della libera repubblica importava un carattere di sovranità: i cittadini, come sopra osservammo, avevano parte nella legislazione, concorrevano nelle deliberazioni, potevano intimare la pace e la guerra, regolavano le elezioni e sceglievano i magistrati. Aumentare il numero de' cittadini era lo stesso che dividere la propria sovranità, e diminuire il numero de' sudditi; la qual cosa dovea necessariamente rendere gelosi i Romani, per non comunicare la loro cittadinanza con altri. L'innalzamento di Augusto all'Impero fece sparire lo stato democratico, ma come la forma del governo ordinata da questo Imperatore era di natura mista, o monarchia temperata, non tolse, anzi ripose in piedi, le prerogative di cittadinanza, le quali, dietro le precedenti civili discordie, erano state qualche tempo sospese. Venne conservata l'autorità del senato e il popolo fu reintegrato nel diritto de' suffragi. Le città italiane ebbero lo stesso privilegio, che anzi per un tal ritrovamento, di cui fu autore il medesimo Augusto, fu loro fatta licenza di dare i suffragi, sen-

(42) L. in orbe, 17. ff. hoc. tit.

za il bisogno di mandare i loro rappresentanti nella capitale (43). La cittadinanza adunque rivestiva anche in tal' epoca un carattere di sovranità, non solo in Roma, ma eziandio nelle italiane province, e questa era sufficiente ragione, perchè gl' Imperatori si mostrassero gelosissimi nel compartirla. Ma quando sotto Tiberio in Roma, e per conseguenza in Italia, vennero aboliti i comizi, le migliori prerogative della cittadinanza andarono in esiglio, e vi fu motivo per stimarla meno. I cittadini in effetto diventarono sudditi; e l' unica differenza che rimase fra essi fu che i primi potevano prendere parte negli impieghi e nelle cariche a preferenza de' secondi.

XI. La costituzione di Caracalla pose termine a ogni distinzione. Resa uguale la condizione di tutti gli uomini liberi abitanti nello stesso dominio, le prerogative di quella cittadinanza, della quale tanto superbi andavano gli antichi, furono abolite. Uguagliati tutti i sudditi a' cittadini, tutti i cittadini diventarono sudditi. Le cariche e gl' impieghi si resero comuni, non rimase tra essi alcuna differenza, e questi principii sono oggimai sanzionati da quasi tutte le vigenti legislazioni (44).

XII. La capacità de' diritti civili era fra' Romani, e generalmente in tutte le antiche legislazioni, dipendente dalla qualità di cittadino (45). Questa qualità riuniva in sè stessa la facoltà di esercitare in atto o in potenza, anche i diritti politici. Chiunque non fosse appartenuto alla stessa nazione, trovavasi incapace degli uni e degli altri. Niun forastiere in Roma avea facoltà di far contratti, acquisti, disposizioni tra' vivi, o per causa di morte. La qual cosa, crescendo il commercio e il numero de' forastieri, non poteva che riuscire molestissima. Per ovviare agl' inconvenienti che spesso ne nascevano, si pensò di provvedere in parte a tale mancanza; fecersi de' trattati fra nazione e nazione, e nel sesto secolo di Roma venne istituito un Pretore a posta per rendere ragione a' forastieri. Giustamente però osservano gli eruditi che siccome i forastieri non erano capaci de' diritti sulle persone, nè delle successioni legittime e testamentarie de' cittadini romani, così il Pretore peregrino non poteva occuparsi che della sola materia de' contratti e de' delitti; materia che d' altronde dipende più dal diritto naturale che dal ci-

(43) Di questo ritrovamento fa menzione SVETONIO. Excogitato genere suffragiorum, quae de magistratibus urbicis decuriones colonici in sua quisque colonia ferrent, et sub diem comitiorum obsignata, Romam mitterent. In Octav. cap. 46.

(44) Specialmente nelle monarchie assolute.

(45) Arg. l. 56. ff. sol. matr. l. 6. §. 2. ff. de haered. inst. l. 21. ff. de testam. tut. l. 1. Cod. de haered. inst. l. 8. §. 1. de testam.

vile. La conquista de' Goti, de' Longobardi, e de' Franchi non recò alcun cambiamento a questi principii. Alcuni opinano che nel secolo XII. vi derogasse l' Imperatore Federico II. (46); ma sta in contrario la comune opinione (47). L' esclusione del forastiere dai diritti civili, e specialmente dalla facoltà di poter lasciare o ricevere per testamento riputavasi di utile pubblico. E ciò, perchè i beni si conservassero nel dominio de' cittadini e si rendesse più facile l' esazione de' tributi (48). Dietro questa massima di malinteso utile pubblico, la maggior parte della giurisprudenza statutaria d' Italia, e di quasi tutte le nazioni di Europa, riteneva in tutto o in parte il forastiere incapace di fare acquisti, contratti, e conseguire eredità ne' territori altrui (49). Ma i bisogni del commercio ed i vantaggi della libertà delle contrattazioni, fecero cambiare principii. Sino da' tempi scorsi molti dottori e parecchie decisioni de' tribunali ritennero questa sorta di giurisprudenza come odiosa, e meritevole della più ristretta interpretazione (50); ed oggigiorno, cessata la reciproca gelosia de' stati e delle nazioni, i trattati di quasi tutti i governi hanno abrogate e rese inutili su questa materia le disposizioni del diritto comune (51).

XIII. Quanto allo stato di famiglia nulla ci resta a soggiungere, potendo riscontrarsi quello che abbiamo detto nelle Istituzioni (52).

L. summa, 3.

La principale divisione delle persone, dice il Giureconsulto, è questa: tutti gli uomini sono liberi o servi. Oggigiorno che non sono più servi, è questa una divisione inutile.

(46) Con l' Auth. omnes preregrini, Cod. comm. de success.

(47) Veggasi il Brunemman. nella sudd. Auth. Berry de success. lib. I. tit. 7. n. 21.

(48) Riminald. consil. 28. n. 13. vol. 1. Cravett. consil. 118. n. 19. Alciat. cons. 69. n. 11. n. 2. Marta, de success. legal. tom. I. part. 3. quest. 15. n. 6.

(49) Veggasi il Marta, de success. legal. part. 3. quest. 15. art. 1.

(50) Grazian. Discept. for. cap. 295. n. 40. et 43. Surd. Decis. 9. sub. num. 16. Altograd. sen. cons. 3. n. 38. et 39. Palma, sen. cons. 63 n. 43. Ruota Lucen. apud Cornazzan. Decis. 10. n. 14.

(51) Cod. Estens. lib. 2. tit. 8. de' forestieri e loro incapacità, ec. art. 3. Cod. Parmens. art. 32. Cod. Ticin. art. 9. Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 11. n. 2. tit. I. lib. II. Istit.

(52) E specialmente nel tit. IX. lib. I.

L. Libertas, 4.

§. Servitus, 1.

La servità è una costituzione del diritto delle genti, per la quale gli uomini vengono contro natura sottomessi all' altrui dominio. Presso tutti que' popoli, dove l' antica servitù è abolita, questa costituzione del diritto delle genti è inutile, rimanendo soltanto quella disposizione del diritto civile, per la quale s' incorre nella servitù in pena dei delitti.

§. Servi, 2.

Servo deriva da *servare*, perocchè i condottieri degli eserciti o duci delle guerre solevano serbare in vita i captivi per farne vendita e trarne lucro. Quali siano le regole che si osservano oggigiorno in guerra dalle nazioni più civilizzate, venne da noi altrove osservato (53).

L. Et servorum, 5.

La condizione di tutti i servi, dice Marciano, è uguale. Oggigiorno si può dire che la condizione de' servi è uguale, sotto l' aspetto che tutti sono ugualmente liberi. La divisione delle persone in ingenui e libertini è impertinente agli odierni costumi.

§. Servi, 1.

I servi, dicono gli scolastiei, nascono o si fanno: nascono dalle nostre ancelle, e sono nel nostro dominio per diritto delle genti, come per lo stesso diritto sono nel nostro dominio i prigionieri di guerra. Si fanno per diritto civile, qualora una persona libera, con animo di fraudare i compratori, comporta di farsi vendere, per essere partecipe del prezzo. Tanto la disposizione del diritto delle genti, quanto quella del diritto civile, su questo proposito sono oggigiorno inutili (54).

(53) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 17. tit. I. lib. I. Istit.

(54) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 1. tit. XVI. lib. I. e nel §. 17. tit. I. lib. II. Istit.

§. Ingenui sunt, 2.

§. Ex hoc quaesitum, 3.

È stabilita in questi due paragrafi la massima dell'antico diritto, favorevole alla libertà personale, che si dee reputare come persona libera chi nasce da madre, la quale nel tempo del concepimento, del parto, o nell'intermedio, goda della libertà. Nel caso in proposito questi due paragrafi sono inutili. Si può da' medesimi desumere la massima che ogni qualvolta si tratti del vantaggio di quello che è tuttora nel ventre, si ritiene come nato. Ma essendo essa più chiaramente ed espressamente stabilita altrove (55), non dubito che siano totalmente superflui in ogni caso.

L. Libertini sunt, 6.

Chiamansi libertini quelli che sono manomessi da giusta servitù. Tolta la differenza fra' libertini e servi, oggi non si conoscono libertini.

L. Paulus respondit, 11.

SOMMARIO

Negli odierni costumi l'ignoranza del padre non rende nullo il matrimonio del figlio.

Per diritto civile romano il matrimonio contratto senza il consenso del padre è nullo (56). Ciò che è nullo non produce alcun effetto, e perciò Paolo risponde che se una figlia, vivo ed ignorante il padre, abbia sposato e concepito; e poscia, lui morto, abbia dato alla luce il il parto; questo parto non diventa figlio di famiglia di quello che dette opera al concepimento di lui. È notabile che nella presente fattispecie il figlio nato di tal congiunzione non può per parte dell'avo conseguire la legittimità de' natali in verun modo. E in fatti, se l'avo muore perseverando nella sua ignoranza, si rende impossibile ch'egli possa ratificare la congiunzione; e se egli, essendone venuto in cognizione

(55) Cioè nella l. 7. hoc. tit.

(56) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 1. tit. XVI. lib. I. e nel §. 17. tit. I. lib. II. Istit.

da vivo, l' abbia poscia ratificata, la sua ratifica opera da quel momento, e non ha effetto retroattivo (57). Siccome per diritto Canonico il consenso del padre non è sostanziale al matrimonio; e, d' altronde, le susseguenti nozze rendono legittimi i figli nati da congiunzione illecita, queste disposizioni delle leggi civili presso noi sono inutili (58).

L. Septimo, 72.

SOMMARIO

Del parto ottimestre

Era costante opinione degli antichi, che il parto non avvenuto entro il settimo mese dal concepimento, o dopo cominciato il nono, si dovesse ritenere come non vitale. In conseguenza di tal principio negavano assolutamente la vitalità al parto di otto mesi, fondandone la ragione ne' numeri di Pitagora (59). È cosa veramente singolare, dice il signor di Montesquieu (60), che questa materia si dovesse decidere co' numeri di Pitagora; ma non è meno singolare ch' ella si decidesse sulle regole della musica, come altri insegnarono (61). Quest' opinione ebbe autorità nell' uso del foro (62), e vuolsi confessare che anche a' giorni nostri la credenza popolare vi attacca moltissimo. Tuttavia l' odierna medicina legale, ponendo dall' un de' lati i sofistici argomenti degli antichi, decide che il parto ottimestre è vitale (63). Sono in fatti, a dire de' medici, certi moti subitanei del corpo abili a cagionare un parto prematuro, come ve ne sono altri parecchi capaci di ritardarlo. Mosso da queste cagioni il Tribunale di Frisia giudicò legittimo un figlio nato nel duodecimo mese (64). Una sentenza del Tribunale di Parigi, tenendo mente all' onestà ed ottimi costumi della madre, pronunciò legittimo un figlio nato nel quattordicesimo (65).

(57) Brunemann. Comm. ad Pand. ad hanc. leg.
(58) Veggasi quello che abbiamo detto nel cit. paragr. principal. tit. X. lib. I. Istit.
(59) Paulus, sent. lib. 4. tit. 9. §. 3.
(60) Esprit des lois, liv. 29. ch. 16.
(61) Veggasi il Gotofredo, ad hanc legem.
(62) Veggansi il Menoch. de arbitr. jud. quest. lib. 2. cap. 89. n. 37. De Afflictis, decis. 236. n. 4. Boer. decis. 220. Mascard. de probat. vol. 3. concl. 1169. Coler. part. 1. Decis. 99. Gudelin. de jur. noviss. lib. 1. cap. 12.
(63) Tortosa, Medic. legal. part. II. cap. 3. n. 8.
(64) Voet. comm. ad Pand. tit. de his, qui sui, vel al jur. n. 4.
(65) Veggasi il Reiffen. jus. Can. univ. lib. 4. tit. 17. n. 23. in fin.

I nostri tribunali chiarirono legittimo il parto venuto alla luce sul principio del mese undecimo (66).

L. Homo liber, 21.

Dice Modestino che se un uomo libero, per farsi partecipe del prezzo, abbia comportato di essere venduto, con la susseguente manomissione non acquista il primo stato, ma si ritiene come liberto. Altrove osservammo che queste disposizioni del diritto romano sono oggigiorno superflue (67).

L. Herennius, 22.

Il caso proposto da Modestino è questo: Primo fece donazione di un' ancella a Secondo, sotto condizione che la manomettesse. Secondo frappose indugi alla manomissione, e in questo mezzo l' ancella partorì. Domanda il giureconsulto, se il parto nasca ingenuo; risponde affermativamente, perchè l' ancella, secondo la legge posta alla donazione, doveva a quell' epoca esser libera. Veggasi in proposito quello che altrove abbiamo detto in caso consimile (68).

L. Vulgo concepti, 23.

La differenza fra' naturali e' vulgo quesiti venne da noi altrove esposta, e possono ivi riscontrarsi i cambiamenti recati su questa materia dalle leggi Canoniche.

(66) Ruota, nella Forosempron. alimenti, 5. Luglio, 1793. Priolo. Le sanzioni de' moderni Codici Italiani concordano con le disposizioni di questa legge Cod. Austr. art. 138. Cod. Franc. art. 314. Cod. delle D. S. art. 234. e segg. Cod. Albert. art. 151. Cod. Parmens. art. 77. Cod. Ticin. art. 76.

(67) Cioè nella l. 5. §. 2. di questo titolo.

(68) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 2. n. 2. tit. I. lib. III. Istit.

TITOLO VI.

DI QUELLI CHE SONO LIBERI O SOGGETTI ALL' ALTRUI POTESTÀ.

L. De jure. 1.

§. Igitur. 1.

§. Sed hoc. 2.

L. Si dominus, 2

Proposta la prima divisione delle persone, il Giureconsulto nella presente legge le distingue nuovamente in due classi; cioè in quella che sono liberi da ogni potestà, e in quella che sono sotto l' altrui. Le persone collocate nell' ultima classe, e delle quali si fa menzione nelle sopraccitate leggi, sono i servi. Per le ragioni altrove più volte accennate, non dubito che tutti questi responsi siano oggigiorno superflui; mentre quanto a' figli di famiglia, a' quali forse potrebbero unicamente applicarsi, viene apertamente disposto nelle leggi seguenti.

L. Item in potestate, 3.

Qual fosse il concetto giuridico della patria potestà fra i Romani, venne da noi altrove osservato; ed ivi possono riscontrarsi le correzioni o modificazioni alla medesima recate dalla diversità de' costumi (69).

L. Nam civium, 4.

Siccome più di frequente oggigiorno il matrimonio libera il figlio dalla patria potestà, così spesse volte il nepote non rimane nella potestà dell' avo (70).

L. Filium eum, 6.

Dice Ulpiano che qualora consti che il marito non abbia per qualche tempo usato con la moglie per infermità o altra causa; ovvero che il marito sia affetto da malattia che il renda incapace alla generazione,

(69) Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. IX. e nel tit. XII. princ. lib. I. Istit.
(70) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. ult. n. 2. tit. IX. lib. I. Istit.

il parto nato in casa non è figlio del marito. Possiamo quindi inferire che secondo le leggi romane il marito, allegando la sua naturale impotenza, può ricusare di riconoscere il figlio. Concordano le leggi Canoniche (71), la legislazione de' Ducati di Parma, Piacenza e Guastalla, e quella della repubblica Ticinese (72). Discorda il Codice di Francia, quello de' Stati Sardi, e delle Due Sicilie (73).

L. Patre furioso, 8.

SOMMARIO

Se convenga agli odierni costumi che il padre furioso ritenga la potestà patria.

In Roma, come in Atene, la patria potestà era piuttosto considerata come un dominio che come una tutela (74). In conseguenza di questo principio ella non cessava, se non con que' modi, pe' quali cessava il dominio medesimo. La pazzia, il furore, o la demenza sopravvenute a un capo di famiglia non erano cause bastanti per toglierli il dominio delle cose sue (75), e conseguentemente non gli toglievano neppure la patria potestà, la quale era un dominio (76). Oggigiorno però che secondo la mutata civiltà de' costumi la patria potestà non ha idea di dominio; ma più presto di un potere tutelare costituito pel vantaggio de' figli, sarei d' avviso che si dovessero cambiare principii. Non è in fatti un assurdo che debba tutelare quegli che ha bisogno di tutore egli stesso? Benchè a' tempi de' Romani sapesse un po' di durezza che un figlio per avventura maggiore, sano di mente, dovesse rimaner soggetto alla potestà di un furioso, nulladimeno, considerata la differenza de' costumi, non era in tale disposizione quell' irragionevolezza che si rileva a' giorni nostri. Il figlio di famiglia, salvo il peculio castrense, nulla aveva di proprio, e tutto acquistava a quello, al cui potere era soggetto. Privarlo della patria potestà per ragione del furore o della demenza sarebbe stato lo stesso che togliergli il diritto degli acquisti ch' egli poteva fare per mezzo del figlio. Ma do-

(71) Arg. c. causam, Decret. qui filii sint legitim. Reiffen. Ibid. n. 12.
(72) Cod. Parmen. art. 78. Cod. Ticin. art. 77.
(73) Cod. Franc. art. 313. Cod. Albert. art. 152. Cod. delle D. S. art. 235.
(74) Einecc. Elem. jur. civ. §. 136.
(75) L. 20. ff. de stat. hom.
(76) Einecc. loc. citat.

po che, per la nuovissima legge di Giustiniano, il figlio fu reso capace di possedere, dominare e disporre delle sue cose al pari di qualunque padre di famiglia, riserbato al padre soltanto l'usufrutto, il quale pertanto gli viene in molti casi anche denegato, sembra poco conveniente agli odierni costumi, che un figlio, per avventura maggiore di età, sano di mente, capace degli affari domestici, sia costretto a vivere sotto la legale amministrazione di chi non è più abile di reggere e guidare sè stesso (77).

(77) Card. de Luca confl. obs. 302.

TITOLO VII.

DELLE ADOZIONI, EMANCIPAZIONI ED ALTRI MODI, CON CUI SI SCIOGLIE LA PATRIA POTESTÀ.

SOMMARIO

Cenno sul presente titolo.

L' adozione e l' emancipazione sono i due modi principali, co' quali il figlio esce dalla patria potestà. Quanto all' adozione, altrove osservammo che, essendo quasi al tutto cessate quelle ragioni che a' tempi de' Romani la rendevano frequente, oggigiorno è diventata rarissima presso quasi tutte le moderne nazioni (78). Quanto all'emancipazione, osserviamo che, essendosi oggigiorno da tutte le vigenti legislazioni adottata la massima di ritenere emancipato il figlio con l' età o col matrimonio, la formalità dell' emancipazione espressa si è resa anch' essa di minor frequenza (79).

L. Filiosfamilias, 1.

§. Quod adoptionis, 1.

SOMMARIO

Costituzione di Giustiniano e legislazione straniera.

A' tempi de' Romani la semplice adozione aveva gli stessi effetti dell' arrogazione (80). Eranvi però in tale disposizione alcuni inconve-

(78) Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. XI. lib. I. Istit.

(79) Negli Stati ereditari Tedeschi, in Lombardia, ne' Ducati di Parma, Piacenza e Guastalla, e in Francia la patria potestà cessa con la maggiore età del figlio Cod. Austr. art. 172. Cod. Parm. art. 101. Cod. Franc. art. 372. Nel regno delle D. S. e nel Cantone Ticinese con l' età di venticinque anni Cod. delle D. S. art. 289. Cod. Ticin. art. 104. Negli stati Sardi e in Toscana con quella di trenta Cod. Albert. art. 240. 242. Legge del 15. Nov. 1814. art. 6. nel Ducato di Modena non è prescritto alcun termine. Nulladimeno anche prima della suddetta età in Francia e nel regno delle Due Sicilie il figlio è emancipato ipso jure col matrimonio Cod. Franc. art. 476. Cod. delle D. S. art. 399. Presso noi, negli stati Sardi, in Toscana, nel Cantone Ticinese, e ne' stati Estensi, il matrimonio del figlio di famiglia, il quale vive con separata economia, non opera l' emancipazione ipso jure, ma ne forma la presunzione legale. Cod. Estens. lib. II. tit. VI. art. 8. Veggasi quello che abbiamo detto nel. §. ult. n. 5. tit. IX. lib. I. Istit.

(80) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 2. tit. XI. lib. I. Istit.

nienti che Giustiniano stimò di togliere, disponendo che l' adozione avesse gli effetti dell' arrogazione, qualora l' adottato entrasse nella famiglia di un ascendente. La ragione che mosse l' Imperatore, fu che, prima della sua costituzione, spesso occorreva il caso che, morendo il padre naturale ab intestato e senza avere istituito erede il figlio dato in adozione, questi si trovava escluso dall' eredità di lui, perocchè l' adozione gli faceva perdere i diritti nella propria famiglia e anche quello di domandare il possesso de' beni contro le tavole, finchè non fosse emancipato dal padre adottivo (81). L' unica speranza ch' egli aveva di conseguire la paterna eredità, era quella di chiederla come cognato; ma in tal caso non poteva conseguirla che in mancanza di altri figli o di agnati (82). Se poi l' emancipazione di lui avesse avuto luogo dopo la morte del padre naturale, perdeva inoltre anche la successione del padre adottivo. Ma secondo la su mentovata costituzione il figlio non esce dalla sua famiglia, se non quando è adottato da un ascendente. La legge, basando in tal caso sull' amore del padre adottante, presume ch' egli non possa aver l' animo di emancipare il figlio adottivo senza una giusta ragione, o che, volendolo emancipare, il faccia erede, o dia luogo all' emancipazione prima che il padre naturale passi di vita. Secondo tutte le moderne legislazioni, senza distinguere l' adozione perfetta dall' imperfetta, l' adottato resta oggigiorno nella sua famiglia naturale, e vi conserva tutti i suoi diritti (83).

L. Si paterfamilias, 15.

Dice Ulpiano che se l' adottato è padre di famiglia, passano per diritto tacito a quello che l' adottò, tutti i beni ch' egli possiede e che può acquistare. Dopo il diritto nuovo di Giustiniano non passa nell' adottante che l' usufrutto, e la proprietà resta presso l' adottato (84).

§. Item non debet, 3.

Affinchè fosse a' liberti preclusa la via di conseguire i diritti degl' ingenui e passare nelle loro famiglie, l' antica legge romana vie-

(81) §. 12. Instit. de success. quae ab intest. def.

(82) §. 13. Ibid.

(83) Cod. Austr. art. 183. Cod. Franc. art. 384. Cod. Albert. art. 197. Cod. delle D. S. art. 272. Cod. Parmens. art. 156. Cod. Ticin. art. 100.

(84) §. 2. Inst. de acquis. per adrog.

tava che si potessero arrogare (85). Molto meno era permessa l' arrogazione de' liberti altrui, perocchè in tal modo sarebbesi facilmente scoperta l' occasione di privare i patroni de' loro diritti, come quelli dell' ossequio, dell' opera e simili, annessi al patronato. In processo di tempo, quando le differenze fra liberti ed ingenui cominciarono a sapere d' antico, si permise che il patrono potesse adottare il proprio liberto (86), e non dubito che negli ultimi tempi di Giustiniano coteste disposizioni non venissero gran fatto osservate (87). Oggigiorno sono del tutto superflue.

L. Neque absens, 24.

L. Post mortem, 25.

§. Nec adoptare, 1.

Dal tenore di queste leggi si raccoglie che l' adozione non può farsi per mezzo di procuratore. Concordano alcuni fra' moderni Codici (88). Non sono però oggigiorno vigenti quelle ragioni che rendevano anticamente indispensabile la presenza dell' adottante e dell' adottando (89).

L. Liberum, 28.

Dice il Giureconsulto che quegli che ha sotto la sua potestà un figlio ed un nipote nato da questo figlio, è in libertà di sciogliere il figlio dal suo potere, e ritenerne il nepote; oppure di ritenervi il figlio, ed emancipare il nepote. Siccome oggigiorno, secondo la disposizione di quasi tutti i vigenti Codici, l' età o il matrimonio sciolgono il figlio dalla patria potestà (90), così non è tanto facile il caso che il padre possa emancipare il figlio e ritenere nella sua potestà il nepote o viceversa. Negli Stati Sardi, in cui il matrimonio non scioglie dalla potestà patria, e, d' altronde, l' età non ha questo effetto, che dopo i

(85) Gellio, Noct. Act. IV. 19.
(86) L. 3. 18. Cod. de adopt.
(87) Veggasi quello che abbiamo detto nel princ. del tit. V. n. 4. di quest. lib.
(88) Cod. Franc. art. 353. Cod. Albert. art. 202. Cod. delle D. S. art. 277.
(89) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 1. tit. XI. lib. 1. Istit.
(90) Veggasi quello che abbiamo detto nel principio di questo titolo.

trent' anni, è stabilito che l' avo non possa emancipare il figlio e ritenere sotto la potestà il nepote; nè emancipare il nepote, senza il consenso del padre (91).

L. Emancipari, 36.

SOMMARIO

L' adozione e l' emancipazione non possono oggigiorno eseguirsi dovunque.

La differenza nell' esercizio degli atti di giurisdizione contenziosa e volontaria, secondo la comune sentenza degl' Interpreti, consiste in questo, che i primi non si possono mandare ad effetto, se non entro il territorio del giusdicente o giudice, i secondi anche fuori del proprio territorio. Il Vinnio ed altri però saviamente osservano che anche secondo il diritto romano non tutti gli atti di volontaria giurisdizione si possono effettuare fuori della provincia o territorio; specialmente quelli che hanno bisogno della cognizione della causa, come la transazione degli alimenti lasciati per testamento, l' alienazione de' fondi del minore, l' arrogazione dell' impubere e simili (92). È però fuori d' ogni controvversia che l' adozione e l' emancipazione si potessero dal Preside o Proconsole mandare ad effetto in qualunque luogo, è anche fuori della propria provincia o prima di entrarvi (93). Presso noi questa disposizione non è attendibile. Ciascuno de' giudici, a' quali viene attribuita la giurisdizione volontaria, non può esercitarla che dentro i limiti del comune, in cui risiede, e de' luoghi che ne formano il governo (94).

L. Adrogato, 40.

§. Non tantum, 1.

L' adozione imita la natura, e perciò l' adottante dee precedere l' adottato in età; e questa debb' essere tale, ch' egli possa verisimilmente aver figliuoli. La legislazione romana ricerca la pubertà piena;

(91) Cod. Albert. art. 238.
(92) Vinnio, quist. scelt. lib. I. cap. 4.
(93) Hic, Vinnio, Tract. de jurisd. cap. 6. n. 7.
(94) Regol. legislat. 10. Novembre 1831. §. 1784.

ossia diciotto anni compiti. Il Codice di Austria, quello degli Stati Sardi, de' Ducati di Parma, Piacenza e Guastalla, e del Cantone Ticinese hanno conservato la stessa disposizione (95). In Francia, nel Belgio e nelle Due Sicilie basta che l'adottante abbia 15 anni di più (96).

L. Si Pater filium, 41.

SOMMARIO

Se l'adozione di un figlio emancipato, faccia, morto l'avo, ricuperare al medesimo i diritti della patria potestà sopra il nepote.

Se un avo, emancipato il figlio, e ritenuto nella potestà il nepote nato di lui, abbia poscia adottato il figlio stesso; morendo l'avo, il figlio non torna sotto la potestà del padre precedentemente emancipato. La ragione di tale disposizione è, che un tal figlio mediante l'emancipazione incorre in un irrevocabile cambiamento di stato, ossia perde quello stato di famiglia ch' egli avea per lo innanzi. La posteriore adozione lo fa diventare figlio di questa famiglia, ma figlio nuovo, non com' era prima. E sebbene egli acquisti nella famiglia un diritto nuovo, nulladimeno non può ricuperare quello che aveva pel passato, pel quale i suoi figli sarebbero ricaduti nella potestà di lui; giacchè questo diritto, mediante l'emancipazione, venne da lui irrevocabilmente perduto (97).

Parmi che in questa disposizione si voglia dare maggior forza alla finzione che alla verità, e che la sottigliezza prevaglia alla natura. Io, per me, sarei d'avviso che siccome oggigiorno l'emancipato, uscendo della propria casa, ritiene non ostante tutti i diritti di agnazione, successione e famiglia; così, rientrandovi per adozione, rimettesse nel primo stato la verità delle cose, come se l'emancipazione non fosse mai intervenuta. Giustiniano, trattando il caso di un figlio parimenti emancipato, decise che, morto l'avo, il nepote dovesse ricadere nella potestà del padre (98). Donde parecchi inferirono che questa legge possa ritenersi come abrogata (99).

(95) Cod. Austr. art. 180. Cod. Albert. art. 188. Cod. Parmens. art. 139. Cod. Ticin. art. 97.

(96) Cod. Franc. art. 343. Cod. delle D. S. art. 266.

(97) Pothier, Pand. in tit. de his, qui sui vel al. jur. n. 14. art. 3.

(98) Auth. sed Episcopalis, Cod. de Episc. et cler.

(99) Dionis. Gotofred. hic.

L. Etiam infantem, 42.

Secondo la legislazione romana, la quale non è presso noi derogata, l' adozione può farsi anche nell' età infantile dell' adottando. Il silenzio del Codice Austriaoo fa supporre ch' egli abbia in questo punto abbracciata la massima del diritto romano. Ne' Ducati di Parma, Piacenza e Guastalla, nel regno delle Due Sicilie, e nel Cantone Ticinese, l' adozione può farsi anche prima che l' adottando sia pervenuto all' età maggiore (100). In Francia prima di detta età, e negli Stati Sardi prima degli anni diciotto è proibita (101).

L. In servitute, 46.

Nè presso noi, nè presso le rimanenti legislazioni Italiane v' ha alcuna disposizione, la quale deroghi a questa legge. Negli stati Sardi però, e ne' Ducati di Parma, Piacenza e Guastalla l' adozione de' figli naturali è vietata (102).

(100) Cod. Parmens. art. 149. Cod. delle D. S. art. 270. Cod. Ticin. art. 95.
(101) Cod. Franc. art. 346. Cod. Albert. art. 192.
(102) Cod. Albert. art. 191. Cod. Parmens. art. 142.

TITOLO VIII.

DELLA DIVISIONE E QUALITÀ DELLE COSE.

L. Quaedam naturali, 2.

§. Et quidem, 1.

A' tempi de' Romani l' aria, l' acqua corrente, il mare, e per esso il lido, erano cose comuni. Oggigiorno il mare è in dominio e nella giurisdizione del Principe, in quanto bagna la terra del suo regno (103).

L. Nemo igitur, 4.

Siccome il lido del mare è cosa pubblica, così a chiunque del popolo è lecito farvi la pesca. Oggigiorno la pesca nei fiumi, e nei mari è di diritto regale, e viene per lo più regolata da leggi particolari (104).

§. Sed et flumina, 1.

Dice Marciano, che quasi tutti i fiumi e i porti sono di pertinenza pubblica. Oggigiorno i fiumi, e i porti sono la maggior parte di pertinenza dello Stato, e del regio Demanio (105).

L. Riparum, 5.

§. In mari, 1.

L. In tantum, 6.

Dice Gaio esser lecito a chiunque di fabbricare nel lido del mare. Oggigiorno non è lecito senz' autorizzazione (106).

(103) Veggasi quello, che abbiamo detto nel §. 1. Tit. I. Lib. II. Istit. e nella L. 4. §. 1. di questo titolo.

(104) Veggasi quello, che abbiamo detto nel §. n. 2. Tit. I. lib. II. Istit. Cod. Austr. art. 383. Cod. Albert. art. 683. Cod. delle D. S. art. 635. Cod. Tic. art. 176. Cod. Franc. art. 715.

(105) Veggasi quello, che abbiamo detto nel §. 2. Tit. I. lib. II. Istit. Cod. Albert. art. 420. Cod. delle D. S. art. 463. Cod. Franc. art. 538. Cod. Parm. art. 397. Il Codice Francese, il Siciliano, e il Parmense se dichiarano di pertinenza dello Stato i fiumi navigabili; il Sardo, i fiumi in genere.

(106) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 5. Tit. I. lib. II. Istit.

§. Sacrae autem, 3.

Sacre presso i Romani chiamavansi quelle cose, che venivano pubblicamente consacrate dal Pontefice, o dal Principe. Sacre oggi si chiamano quelle che vengono consacrate dal Pontefice, o da' Vescovi (107).

§. Religiosum, 4.

Secondo i costumi de' Romani chiunque poteva rendere religioso un luogo di sua pertinenza, facendovi seppellire un cadavere. Per diritto Canonico la semplice umazione del cadavere non rende religioso il luogo; e d' altronde la sepoltura non può farsi, che in luogo pubblicamente religioso (108).

L. Aristo, 10.

Dice Aristo, che siccome ciò che si edifica in mare, diventa privato; così ciò che viene occupato dal mare, diventa pubblico. Osservano gl' Interpreti, che *pubblico* in questo luogo si usurpa per comune (109). Oggigiorno i luoghi occupati dal mare non diventano comuni, ma si considerano come pertinenza dello Stato, o del regio Demanio (110).

L. Si quis, 11.

È disposizione delle leggi Romane, che chiunque scali le mura della Città, sia punito con la morte. Il rigore di questa legge non è oggigiorno in uso (111).

(107) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 8. Tit. I. lib. II. Istit.
(108) C. 3. X. de sepult. Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 9. Tit. I. lib. II. Istit.
(109) Brunemann. hic.
(110) Cod. civ. Franc. art. 538. Cod. Albert. art. 420. Cod. delle D. S. art. 463.
(111) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 10. Tit. I. lib. II. Istit.

TITOLO IX.

DE' SENATORI.

SOMMARIO

I. *Divisione de' Magistrati.*
II. *De' Senatori.*
III. *Dell' odierno Senatore di Roma.*

I. Le persone e le cose sono i primi due oggetti del diritto; il terzo oggetto sono le azioni, ossia quel mezzo, col quale chiediamo quello che è nostro, o quello che ci è dovuto. Le azioni non si possono promuovere, che dinanzi a' Magistrati, e perciò i compilatori delle Pandette, dopo le persone e le cose in genere, trattano de' Magistrati in specie per conoscere qual fosse la loro giurisdizione e competenza.

I Magistrati che presiedevano a' giudizi, erano di due sorta: urbani e provinciali. Appartenevano al primo ordine i Senatori, il Console, il Prefetto del pretorio, il Prefetto della città, il Questore, il Pretore ed il Prefetto de' vigili. Quest' ultimo però non era magistrato ordinario. È chiaro, che sebbene a' tempi degli antichi giureconsulti l' impero di Roma abbracciasse l' Italia e quasi due parti del mondo, nulladimeno i Magistrati ed i pubblici funzionari erano in numero di gran lunga inferiore a quello de' giorni nostri. Appartenevano al secondo ordine il Proconsole ed il Legato, il Prefetto augustale, il Preside, il Procuratore di Cesare, il Giuridico e quello cui era mandata la giurisdizione. Gli Assessori non erano magistrati, ma consiglieri, ed esercitavano l' officio loro tanto in città che in provincia.

II. Romolo, edificata Roma, scelse un numero di persone che per età, prudenza e costumi chiarissime, con esso lui le cose della città governassero, specialmente nel tempo dell' assenza di lui per la guerra. Queste persone in numero di cento (numero che poscia venne aumentato) formavano quel corpo o collegio, del quale abbiamo fatto sovente menzione nel corso di quest' opera, e specialmente nel quinto titolo di questo libro, chiamato senato. Le prerogative di questo corpo esigevano che ciascun membro non potesse aspirarvi, qualora non fosse rivestito di alcune qualità, le quali, imprimendogli, per così dire, una certa autorità naturale, gli conciliassero la fiducia della

patria. Le Tribù e le Curie che per istituto di Romolo avevano la creazione di tre Senatori per ciascuna, non potevano eleggerli, se non nel numero di quelle famiglie, cui tal dignità era per successione devoluta. Tali erano i patrizi. In processo di tempo quando gli onori e le cariche cominciarono a diventar comuni con la plebe, vennero ammessi in tal corpo anche i plebei. Gli antichi storici non convengono fra loro in qual tempo avvenisse una mutazione così rilevante. Se prestiam fede ad alcuni, sembra che ciò sia accaduto a' tempi di Servio Tullio; e per vero questo principe non avea di piccoli obblighi alla plebe per favorirla. Ma la testimonianza di Festo assicura, che ciò avvenisse nel primo anno della libertà romana; e Dionigi di Alicarnasso ne stabilisce il principio ducent' anni dopo la fondazione della città. Checchè però ne sia di questa varietà di opinioni, la quale poco interessa al nostro istituto, certo è che l' antica dignità de' Senatori cominciò a decadere nell' epoca, in cui si diminuirono e caddero dall' uso le antiche prerogative del corpo, al quale appartenevano (112).

III. Il nome di Senatore dunque preso nel senso di questo titolo serve a denotare un membro di quel collegio, presso cui era anticamente la pubblica amministrazione, e quasi tutto il pubblico e politico reggimento della nazione. Ma rovinate le cose dell' antica libertà, lacerato l' impero dalle straniere invasioni, divisa l' Italia in tanti piccoli e separati dominii, e sorta in Roma l' autorità del Sommo Pontefice; il nome di Senatore oggigiorno non serve, che a denotare un Magistrato meramente laicale, istituito parecchi secoli dopo la decadenza dell' impero, il quale però non ha alcuna ingerenza nel pubblico e politico reggimento dello Stato, limitandosi la giurisdizione di lui nella città di Roma e nel suo distretto (113). Alcuni non malamente opinano, che il Senatore di Roma possa paragonarsi all' antico pretore urbano (114).

L. Consularis, 1.

La quistione di questa legge consiste nel decidere quale si debba ritenere come persona più degna. È indubitato, ch' ella risguarda più

(112) Veggasi quello che abbiamo detto nel principio del Titolo I. lib. II. Dig.

(113) Card. de Luc. Relat. Cur. Disc. 37. Regol. Giud. art. 305.

(114) Panvin. lib. 1. Fast. de patr. et Senat. Sulla Storia del Senato Romano possono consultarsi Curtius de Senatu Romano, Ant. Vendettini, del Senato Romano Fr. Ant. Vitale, Storia diplomatica de' Senatori di Roma,

i costumi degli antichi Romani, che i nostri. Sull' utile, e l' applicazione della medesima possono nulladimeno consultarsi l' Accursio, il Fabbro, il Bacovio e il Brunemanno.

L. Senatoris, 5.

L. Senatoris filium, 6.

§. A senatore, 1.

SOMMARIO

Antinomia fra un responso di Ulpiano e un rescritto di Graziano, Valente e Valentiniano.

Dice Ulpiano che si ritiene come figlio di un Senatore non solamente il figlio suo naturale, ma eziandio l' adottivo, senza punto esaminare in qual modo sia stato adottato, e qual fosse l' adottante: parimenti nulla rileva nella presente questione, se il figlio sia nato nel tempo, che il padre è costituito nella dignità senatoria, o se sia nato prima che egli la conseguisse. Per la qual cosa provano gl' Interpreti, che il figlio nato prima della dignità del padre debba preferirsi a quello che nasce dopo.

Alla risposta di Ulpiano è però contraria una legge del Codice, nella quale gl' Imperatori Graziano, Valente e Valentiniano rescrivono che i figli nati prima della dignità paterna debbono considerarsi come uomini di condizione privata. Dal tenore del qual rescritto ne segue, che i figli nati dopo la dignità del padre debbono preferirsi a quelli che nacquero prima. Parecchi Interpreti conciliano tale contraddizione, dicendo che se i figli sono non solamente concepiti, ma eziandio nati prima che il padre fosse senatore, si debbono considerare non come chiarissimi, ma come privati; e se all' opposto prima di tal epoca sieno soltanto concepiti, ma non nati, si debbono considerare non come privati, ma come chiarissimi. Altri producono in mezzo conciliazioni totalmente diverse, le quali credo inutile di riferire (115).

Presso noi le cariche e le dignità riserbate a' laici sono assai poche e queste per lo più non si trasmettono ai figli. Ritengo adunque, che la pre-

(115) Oltre il Cujaccio, veggasi il Carpzovio part. 3. cons. 10. def. ult. e il Duaren. Disp. Annivers. 29.

sente legge sia poco utile, qualora si voglia eccettuare qualche dignità di mero nome e la nobiltà, nelle quali può talvolta aver luogo. Secondo alcune fra le moderne legislazioni l' adottato non consegue la nobiltà, nè le armi gentilizie dell' adottante, senza speciale concessione del Principe. (116).

L. Filiam, 9.

SOMMARIO

Correzione delle Leggi Canoniche.

L' eterna discordia fra' patrizi e la plebe non fu cagione di poche disposizioni di legge per allontanare i primi dalla seconda. Siccome era fra esse, che niun patrizio potesse avere in moglie donna plebea, così, essendo il grado senatorio in maggior distinzione de' patrizi, per ragione più forte niun Senatore o persona chiarissima potea sposarsi a persona plebea, o libertina. In questa legge il Giureconsulto suppone un caso, in cui la figlia di un Senatore abbia preso in marito un libertino, e dimanda, se, rimosso il padre dal senato, ella diventi moglie legittima. Risponde negativamente, perchè la rimozione accidentale del padre non può togliere la dignità che i figli hanno precedentemente acquistato.

Giustiniano nelle sue leggi del Codice sanzionò di bel nuovo i principii del diritto romano, dichiarando nulli tutti i matrimoni contratti dalle persone costituite in dignità co' liberti, o altri di umile condizione (117). Ma in appresso, forse veggendo di non aver saputo egli stesso mettere in esecuzione le sue leggi medesime, cambiò parere e le abolì (118). Il diritto Canonico, che più d' ogni altro intende a favorire la libertà de' matrimoni, l' abolì parimenti (119), e niuna fra le odierne legislazioni di Francia, d' Italia, e degli Stati ereditari Tedeschi hanno seguito le massime delle leggi romane, salvo quella degli Stati Estensi, la quale, sebbene rigorosissima, non ha pe-

(116) Cod. civ. Austr. art. 182. Cod. Albert. art. 196. Concor. Cod. Ticin. art. 96. n. 2.

(117) L. humilem 7. Cod. de incest. nupt.

(118) Nov. 117. cap. 6. Gudelin. de jur. noviss. l. 1. c. 9.

(119) Si quis ancillam, causs. 29. quaest. 2. Rittersuth. de diff. jur. civ. et can. l. 1. c. 22.

rò ardito di pronunciare la nullità del matrimonio (120). Le parole di questa legislazione — *dichiariamo che qualunque nobile si accaserà con persona, il cui matrimonio per la di lei vile e bassa condizione apporti disonore e vituperio a se, ed alla sua famiglia*, mostrano, parmi, che per persona vile e di bassa condizione debba intendersi quella che è tale per genere di vita, non per distanza di rango, di grado e di ricchezza. La virtù, sebbene povera, non apporta nè disonore, nè vituperio; e in questo modo quasi tutti i forensi limitarono le disposizioni delle antiche leggi (121).

L. Senatores, 11.

SOMMARIO

Dell' abolizione del domicilio di origine.

Tra' privilegi concessi a' Senatori era quello di un duplice foro, mentre essi, saliti in dignità, avevano domicilio in Roma, e nel luogo della loro origine. Questo privilegio però, come osserva il Voet, non procedeva, salvo qualche eccezione, nelle cause criminali; ma solo nelle civili. Prescindendo che per generale consuetudine il domicilio di origine venne abolito presso quasi tutte le nazioni (122), ogni privilegio personale del foro, salvo quello de' Chierici, è dalle moderne leggi abrogato (123). Secondo il Codice di Francia, col quale concorda il Siciliano, l' accettazione d' impieghi conferiti a vita porta l' immediata traslazione del domicilio dell' impiegato nel luogo, in cui debbe esercitare l' impiego (124).

(120) Cod. civ. lib. II. Tit. XIII. art. 7. e segg.

(121) Vegansi il Gail. lib. 2. obs. 95. n. 20. Wissenb. cons. 18. n. 27. Farinacc. cons. 70.

(122) Zanger de except. p. 2. c. 1. n. 7. Gail. lib. 1. obs. 36. Brunemann. in l. filios. 3. Cod. de municip. Voet, comm. ad Pand. tit. de judic. n. 91. in fin. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 4. tit. 39. §. 1855.

(123) Regol. Legislat. e giud. 10. Nov. 1834. §. 280.

(124) Cod. Franc. art. 107. Cod. delle D. S. art. 112.

TITOLO X.

DELL' OFFICIO DEL CONSOLE

SOMMARIO

Dell' abolizione del Consolato.

La potestà di presiedere a' giudizi ne' primi tempi di Roma era del re e del senato. Dopo l' espulsione dei re, si trasmise a' Consoli. I re, dopo Servio Tullio, per alleviarsi le brighe, si spogliarono della giudicatura negli affari civili: fecero altrettanto i Consoli, riserbandosi specialmente gli affari criminali. Giustiniano chiama straordinari que' casi civili che venivano decisi con l' intervento del Console (125). È indubitato, che l' istituzione de' Consoli fosse principalmente militare: la ragione della violenza, alla quale erano continuamente abituati, non poteva a meno di rendere i loro giudizi, privi affatto di formalità, come altrettante azioni violenti ed arbitrarie. L' esempio il fece conoscere; fu allora stimato opportuno di moderare l' eccessivo potere annesso al consolato; si promulgò una legge, la quale vietava potersi decidere della vita di un cittadino senza portare l' appello al popolo (126). Questa legge, vinta dal popolo ne' comizi, diede maggior animo alla moltitudine di perseverare nella diminuzione di un potere che poco differiva dal regio. Sotto pretesto che l' assenza de' Consoli per la guerra sprovvedeva la città di chi amministrasse la giustizia, venne creato un altro magistrato col nome di pretore, il quale aveva giurisdizione solamente negli affari civili. Non v' ha alcun dubbio, che ciò fosse un pretesto, mentre, come appare da Tito Livio e da Dionigi d' Alicarnasso, i Consoli si erano essi stessi spogliati della giudicatura civile anche prima della creazione de' pretori (127).

Con lo stesso colore s' era già tolta a' Consoli l' ingerenza nel censo, e vennero a tale ufficio deputati magistrati appositi chiamati Censori. Dopo la creazione de' Questori e degli Edili, le principali prerogative che rimasero a' Consoli furono di presiedere a' grandi stati del popolo, di convocare il senato e di comandare gli eserciti (128).

(125) Lib. IV. Instit.
(126) L. 2. ff. de orig. jur.
(127) Liv. Dec. 1. lib. 2. p. 19. Dionig. d' Alicarn. lib. 10. p. 627.
(128) Montesquieu, Esprit. X. des. lois, liv. 11. ch. 14.

Passata ogni potestà ed impero ne' principi, la dignità del consolato cominciò a perdere di quell' antico splendore che dal trono era passato alla sedia curule: l' autorità de' Consoli fu avvilita, il loro nome dispregiato, e il tempo della loro amministrazione incerto. Finalmente quella dignità che per lo spazio di mille e cinquant' un anno sostenne la libertà del popolo Romano fu da Giustiniano abolita. Giustino II. suo successore volle richiamarla in uso, ed egli stesso si fece chiamar console; ma le sue disposizioni non ebbero durata, e la dignità de' consoli ordinari si estinse per sempre (129).

L. Officium Consulis, 1.

SOMMARIO

Osservazione sulla presente legge.

Dal tenore di questo responso di Ulpiano, appare che il Console non solamente esercitava alcuni atti di giurisdizione contenziosa, ma eziandio parecchi della volontaria (130) al pari del pretore urbano. Secondo l'attuale organizzazione giudiziaria, a norma della rispettiva competenza, la giurisdizione contenziosa si esercita in Roma dal Tribunale del Senatore, dal Tribunale del A. C., dal Tribunale della Sacra Ruota, dal Tribunale della piena camera, dal Tribunale Supremo di Segnatura, e dal Tribunale del Vicariato: la giurisdizione volontaria è attribuita ai due collaterali e all' uditore pro tempore del Senatore; ai giudici del Tribunale del Vicariato, e, per essi, anche ai loro uditori; al giudice uditore addetto al prelato uditore della Camera; agli Assessori dell' A. C.; ai vice presidenti della congregazione civile, e all' uditore della prefettura del Supremo Tribunale di Segnatura (131)

(129) MURAT. anno 541. Veggasi quello che abbiamo detto nel Tit. I. Lib. II. Dig.

(130) Quanto alla contenziosa, veggansi le l. 14. ff. de probat. l. 5. ff. de agn. et al. lib.

(131) Regolam. legislat. e giud. 10. Nov. 1834. art. 274. 388.

TITOLO XI.

DELL' OFFICIO DEL PREFETTO AL PRETORIO.

SOMMARIO

I. *Delle Coorti pretoriane.*
II. *Giurisdizione del Prefetto.*
III. *Invasione de' Barbari.*

I. I consoli, quand'erano in armi, si chiamavano anche pretori, e pretorio presso i Romani fino da' primi tempi della repubblica chiamavasi il padiglione del console generale. La persona, alla quale veniva affidata la vigilanza del padiglione, aveva il nome di prefetto. Allorchè negli ultimi tempi della repubblica i capitani di Roma spesso onorati del titolo d' imperatori, cominciarono ad usare il fasto dei re, presero il costume di far guardare il padiglione, come al giorno di oggi si costuma nei palazzi reali. Tosto che Augusto sotto il titolo d' imperatore si fece capo della repubblica, stimò opportuno di tenere in Roma alcune distinzioni proprie de' generali, e specialmente diverse compagnie di soldati che facessero la guardia al suo palazzo e alla sua persona. Le guardie chiamavansi pretoriane, ed il capo loro prefetto del pretorio. Non è alcun dubbio che l' officio di questo capitano, cui era affidata la persona del principe, non fosse di sommo rilievo. Il credito che egli aveva nella città, e la forza che aveva in mano, gli fecero presto concepire de' pensieri superiori alla propria carica. Seiano, profittando dell' imbecillità di Tiberio, per avere le coorti e le compagnie più pronte ad ogni suo cenno persuase all' imperatore di fabbricar loro un alloggiamento, dove potessero rimanere tutte unite. Per quanto infelice fosse il fine di questo favorito, la dignità e la potenza de' prefetti al pretorio era troppo salita in alto, perchè i successori di Seiano si astenessero dal farne abuso. La dappocaggine de' successori di Augusto cooperò alla loro grandezza. Da quanto riferisce Elio Lampridio abbastanza si rileva che Perenne, prefetto del pretorio, sotto l' impero di Commodo aveva tratto a sè tutta l' autorità sovrana. Invischiato l' Imperatore nelle sue lascivie, il prefetto riceveva a nome del principe gli appelli, decideva le liti, segnava i rescritti, e conferiva le cariche di ogni maniera (132). Per la qual cosa la pre-

(132) ÆL. LAMPRID. in Commod. c. 5. et seq.

fettura pretoriana cominciò a comprendere come di propria ragione tutta l'amministrazione dell'impero, tanto civile che militare, come il gran visirato presso gl' Imperatori Ottomani. I prefetti del pretorio divenuti soli e sovrani ministri dell' autorità imperiale, cercarono di estenderla oltre misura; ed impiegarono per tal' uopo tutte le sottigliezze di quella giurisprudenza che da' tempi di Commodo e di Severo fu posta in loro mano (133). Frattanto il senato che molte sevizie avea ricevuto da questo insolente magistrato, non mancò di richiamarsene, per abbassarne il potere; ma Settimio Severo, Caracalla, Macrino, ed Eliogabalo, successori di Commodo, per odio contro il senato, anzi che abbassarlo, l'aumentarono. Solo Alessandro Severo, stimando di favorire l'ordine senatorio, stabilì che i prefetti, i quali per legge di Augusto non si potevano eleggere che nell' ordine de' cavalieri, fossero in avvenire eletti nell' ordine de' senatori. Siccome erasi introdotto il costume che i prefetti del pretorio giudicassero da monarchi in ogni genere di causa, parve ad Alessandro sconvenevole che una persona di ordine inferiore dovesse giudicare sopra un ordine maggiore (134) Ma questo spediente di Severo non ebbe altro effetto che quello di rendere maggiore il lustro e la possanza di un magistrato che già ne aveva di troppo per aspirare alla sovranità. Sebbene tardi, i principi medesimi cominciarono a prenderne timore. Costantino, o, come altri vogliono, Costanzo, fu il primo a diminuirne l'autorità. In primo luogo lo privò del comando militare, dandolo a due altri generali, i quali non avevano dal prefetto alcuna dipendenza: in tale maniera quella carica, che nella sua prima istituzione fu puramente militare, e poscia militare e civile, rimase solamente civile. In secondo luogo la giurisdizione del prefetto che da' tempi di Augusto fino a Costanzo si estendeva sopra tutto l'impero, fu divisa in più prefetti, a ciascuno de' quali fu data giurisdizione solo nelle provincie che gli venivano assegnate. D'allora in poi si prese l'uso di crearne quattro. Il primo aveva l'Egitto e l'Asia romana; il secondo la Tracia, la Grecia e tutto l'Illirico; il terzo l'Italia con le isole adiacenti e l'Affrica; il quarto tutte le provincie transalpine, cioè le Gallie, le Spagne e la Brettagna. I magistrati delle provincie, i governatori, i presidi, e i giudici obbedivano al prefetto del pretorio secondo il suddetto spartimento (135).

(133) Gotofred. oper. min. Dis. 1.
(134) Zonar apud Tillemon. art. 13.
(135) Cod. Justin. lib. 1. tit. 26. 27. lib. 12. tit. 4.

II. Il prefetto del pretorio veniva creato dal principe (136), e come supremo magistrato e vicario dell' imperatore godeva della facoltà di promulgare editti, i quali avevano forza di legge (137), riceveva l' appello dalle sentenze de' presidi delle provincie soggette alla sua giurisdizione (138), e aveva pienissima licenza di ammonire e gastigare i giudici minori (139). La prefettura pretoriana, come curia di suprema ed ultima giurisdizione, giudicava in ultima istanza, e dalle sentenze profferite dal prefetto non era luogo all' appello (140). Oggigiorno il ramo giudiziario è quasi al tutto separato dall' amministrazione del governo, e perciò non è così facile il paragonare le odierne cariche con quelle degli antichi Romani, le quali per lo più abbracciavano l' amministrazione del governo, il potere giudiziario, e spesso anche il comando militare. Tuttavia nell' attuale ordinamento di cose sarei d' avviso che per quello risguarda l' amministrazione del governo, la dignità degli antichi prefetti pretoriani potesse ne' dominii Ecclesiastici trovare qualche simiglianza nella dignità dell' odierno Cardinale Segretario di Stato. Infatti il Segretario di Stato, quale annesso alla sua carica, gode anche quella di soprintendente generale. Tutte le lettere dirette ai Principi, Nunzi, Legati, Vice-Legati, Presidi, e Governatori: tutte le patenti di quelli che sono stabiliti per l' amministrazione della giustizia; tutti gli editti, leggi o promulgazioni generali, sono sottoscritte dal medesimo. Gli ambasciatori de' principi, dopo ottenuta udienza dal Papa, prima di essere ad alcuno de' magistrati di Roma, si recano a complimentare il Cardinal Segretario; e questo prova evidentemente l' eminenza della sua carica sopra tutti i grandi dignitari dello stato. Quanto all' amministrazione della giustizia, trovo qualche analogia fra la curia dell' antico prefetto con quella dell' odierna Segnatura. La curia del prefetto al pretorio, al pari di quella del prefetto di Segnatura, non ammetteva appello, aveva soggetti tutti gli altri giudici e tribunali, e pronunciava le sentenze in vece, e a nome del principe (141).

(136) Leg. unic. ff. hoc. tit.
(137) Leg. 2. Cod. de off. Praefect. praet. Orien.
(138) L. 32. Cod. de appellat.
(139) Con quale limitazione veggasi la L. 3. Cod. de off. Praef. Pretor. Orien.
(140) L. 1. §. 1. ff. hoc. tit.
(141) Quanto alla giurisdizione dell' odierno prefetto del Sacro palazzo, veggasi il De Luca Relat. Cur. Rom. Disc. 8. e il Regolamento organico di procedura criminale 5. Novembre 1831. art. 37.

III. Ma dopo che per le cabale, e i raggiri del palazzo di Costantinopoli, le Spagne caddero sotto il dominio di Ataulfo, la Francia sotto quello di Clodoveo, l'Africa sotto i Vandali, l'Italia sotto i Longobardi, e così le rimanenti provincie sotto altri popoli barbari; la forma di governo cambiò totalmente aspetto. I prefetti, in quei luoghi dove ne fu conservata la prima dignità, si sottrassero alla dipendenza degl' Imperatori, e passarono alla divozione de' nuovi padroni (142).

In Italia però ne fu ben presto abolito l'officio e il nome. Imperciocchè primamente Longino, il quale successe a Narsete nel governo d'Italia col titolo di esarca, abolì il nome e gli offici di que' magistrati che si erano dagl' Imperatori molti secoli prima stabiliti, e continuati eziandio sotto i re Goti, mandando in ciascuna città più ragguardevole un comandante col titolo di duca. Il qual titolo sebbene non fosse nuovo all'impero, eravi nulladimeno questa differenza, che laddove di esso solevasi prima onorare i prefetti pretoriani, i presidi, i comandanti di eserciti, e i rettori di vaste provincie, venne in appresso usato più per fasto e vanagloria affine di onorare i governatori di una sola città o di un piccolo distretto (143). Il governo de' popoli germanici, mezzo feudale e tutto militare, trovato quest' uso, il mantenne; dacchè i Longobardi per loro particolare interesse si avvisarono di sottentrare nelle città conquistate con lo stesso titolo; e, basando un governo aristocratico, si usurparono un'autorità simile a quella degli antichi duchi dell' impero (144).

(142) I prefetti del palazzo in Francia non avevano minore autorità de' prefetti pretoriani in Roma. Osservano gli Storici ch' egli s' erano usurpato il governo anche sopra i re, i quali vivevano loro soggetti.

(143) In questa stessa maniera, dopo il conquisto de' Longobardi, nelle città rimaste all'Esarcato, e in qualche altro luogo, il giudice dativo soleva spesso chiamarsi anche prefetto. Questo titolo era però ben lontano a tal epoca dal significare l'antica dignità de' prefetti pretoriani; e si uguagliava piuttosto a que' magistrati che a' tempi della repubblica venivano preposti al governo delle prefetture Italiane. MARINI. Papiri p. 364. not. 13. 14. FANTUZZI II. 5. Veggasi quello che abbiamo detto nel principio del titolo I. n. 11. lib. II. Dig.

(144) Veggasi quello che abbiamo detto nel principio del titolo I. lib. II. Dig.

TITOLO XII.

DELL' OFFICIO DEL PREFETTO ALLA CITTÀ.

SOMMARIO

I. *Origine e decadenza dell' autorità del prefetto di Roma.*
II. *Dignità succeduta a quella del prefetto.*

I. Il prefetto di Roma nella sua prima istituzione era magistrato straordinario. Egli non soleva crearsi ciascun anno, nè aveva potestà annuale, ma soleva crearsi in qualche occasione; cessata la quale, cessava anche la sua magistratura. Tacito negli annali ne fa derivare l'origine da Romolo: le occupazioni della guerra spesso tenevano lontano il capo del regno: perchè la città non rimanesse intrattanto sprovvista d' impero, si eleggeva temporaneamente un prefetto, il quale rendesse giustizia a nome del re. Dopo l' espulsione dei re, i consoli seguirono lo stesso costume. Il prefetto di Roma, a differenza degli altri magistrati, non veniva creato ne' comizi centuriati, curiati, o tributi; ma si eleggeva dagli stessi re, o consoli (145). Istituita la pretura, la creazione de' prefetti andò in disuso, e se ne riserbò la costumanza solo in occasione delle ferie latine, nella qual' epoca, rimanendo Roma priva di tutti i magistrati urbani, era necessità devenire all' elezione di un magistrato straordinario pe' bisogni della città (146). Augusto dietro i suggerimenti di Mecenate fu il primo che del prefetto di Roma fece un magistrato ordinario, acciocchè amministrasse la repubblica insieme agli altri. La sua giurisdizione era più criminale che civile, abbracciava anche i delitti e le trasgressioni di polizia, e si estendeva sino a cento miglia dalla città. Gli altri magistrati urbani, i quali non avevano tanta potestà coercitiva, qualora trovano un delinquente degno di punizione maggiore, solevano rimetterlo al prefetto.

L' illustre dignità de' prefetti di Roma, sebbene in qualche modo stremata, si mantenne anche dopo l' invasione de' barbari, e le storie ne fanno menzione anche a' tempi del patriziato di Pippino, e di Carlo Magno. Spento l' impero Orientale, prestavano obbedienza al nuovo imperatore di Occidente ed al Pontefice, e porgevano il giuramen-

(145) Tacit. Annal. lib. 6. Dionis. d' Alicarnas. lib. 2. Rosin. Antiq. Rom. lib. 7. cap. 15.
(146) Rosin. Antiq. Rom. lib. 4. n. 6.

to di fedeltà ad entrambi. Ma per lungo uso stabilito sotto gl' imperatori d' Oriente e continuato eziandio sotto i re Goti e Longobardi, ricevevano l' investitura e le insegne della loro potestà dall' imperatore, e si consideravano, per così dire, come suoi vicari in Roma. Indi è che nelle fazioni che sursero ne' tempi posteriori tra l' impero e la Chiesa, i prefetti, arrogandosi la potestà anche sopra il Pontefice, giunsero perfino a cacciarlo della città e farlo prigione (147). Sotto gl' imperatori Ottoni la dignità del prefetto di Roma si rese anche più cospicua (148), ma verso la fine del secolo XII. spirando in tal' epoca l' autorità degli Augusti, il prefetto, come il senato e gli altri magistrati, giurarono fedeltà solo al romano Pontefice (149). La prefettura fu conservata anche ne' secoli susseguenti: nulladimeno poco per volta non si ridusse che a mero onore congiunto a qualche prerogativa, del quale furono insignite alcune nobilissime famiglie, come gli Orsini, que' della Rovere, ed i Barberini, spoglia affatto di ogni giurisdizione.

II. Per la qual cosa sembrami che nell' attuale organizzazione dello stato non malamente alla carica dell' antico prefetto si possa oggigiorno paragonare quella del Governatore di Roma. Questa dignità, sorta dopo la soppressione di quella del Cardinale Arcidiacono, e nella diminuzione di quella del Cardinale Camerlengo (150), ha il governo temporale della città ed è magistrato secolare. Anticamente, sebbene piccola, egli aveva qualche giurisdizione anche nel civile, ma questa sembra tolta oggigiorno dall' attuale organizzazione de' giudici e tribunali civili. Laonde il precipuo e totale ufficio del Governatore di Roma e del suo tribunale riguarda le cause criminali e la punizione de' delinquenti: spetta al medesimo invigilare sulla pubblica quiete e tranquillità, pel quale effetto dipende dal suo comando il ministero della forza pubblica. Il suo tribunale ha giurisdizione in Roma sopra i delitti di qualunque specie tanto minori che maggiori commessi nella città, ed esercita la sua giurisdizione cumulativamente col tribunale dell' A. C. e con quello del Senatore, ossia di Campidoglio (151). È giudice in secondo grado dalle sentenze profferite dai

(147) Muratori, anno 965.
(148) Murat. anno 1015.
(149) Murat. anno 1198.
(150) Veggasi quello che abbiamo detto nel principio del titolo seguente.
(151) Card. de Luca Relat. Cur. Rom. Disc. 36. Regolamento organico di proc. crim. 5. novemb. 1831. art. 35.

Governatori della Comarca di Roma (152), e come tribunale di revisione giudica le controvversie e le istanze che a forma dell' attuale organizzazione de' tribunali criminali si debbono conoscere e giudicare dai tribunali residenti nei capoluoghi delle provincie (153).

L. Omnia, 1.

Quanta e quale sia l' odierna giurisdizione e competenza del Governatore di Roma si può conoscere da quello che abbiamo detto nel principio del titolo, e più specialmente dagli attuali regolamenti.

§. Servus, 1.

Il prefetto della città aveva speciale cognizione delle cause concernenti i servi, essendo al medesimo affidata la cura della loro difesa (154). Possono su questa materia riscontrarsi le nostre osservazioni ne' libri delle Istituta (155).

§. Sed et patronus, 2.

Le cause riguardanti gli alimenti sono oggigiorno di competenza in primo grado de' due Collaterali, dell' Uditore del Senatore di Roma, e degli Assessori dell' Uditore della Camera (156). L'appello dalle loro sentenze si reca al tribunale del Senatore (157) o a quello della Congregazione civile dell' A. C. (158).

§. Relegandi, 3.

Non vi sono isole oggigiorno nello stato, in cui si possano deportare i delinquenti. La pena della deportazione, come quella della rilegazione, non sono sancite dall'odierna giurisprudenza criminale (159).

(152) Detto Regolamen. art. 34.
(153) Detto Regolamen. art. 34.
(154) Hic et §. 8.
(155) Specialmente nel n. 6. tit. III. lib. I.
(156) Mot. Prop. di Gregorio XVI. 10. novemb. 1834. art. 307. 313. junct. art. 287.
(157) Detto Mot. Prop. art. 309.
(158) Detto Mot. Prop. art. 318.
(159) Veggasi quello che abbiam detto ne' §§. 1. e 2. tit. XII. lib. I. Istit.

§. Initio, 4.

Il prefetto di Roma non solo ha la cognizione de' delitti commessi nella città, ma eziandio di quelli che si commettono sino alla distanza di cento miglia. L'attuale giurisdizione del Governatore della città, non solo si estende in Roma; ma eziandio nella sua Comarca (160).

§. Si quis, 5.

Si conosce da questa legge, che sotto l'impero era di già abolito l'antico diritto che permetteva a' padroni di farsi ragione da sè medesimi. Epperò se il servo avesse commesso adulterio con la moglie del padrone, la cognizione del delitto apparteneva al prefetto della città. Secondo la disposizione del diritto Canonico, col quale si regola l'odierna nostra procedura, il delitto di adulterio, allorche si agisca criminalmente per la pena, è di misto foro, e dà luogo alla prevenzione (161).

§. Sed et ex, 6.

Siccome gli atti di violenza sono perniciosi alla pubblica tranquillità, così è rimessa al prefetto la cognizione anche degli interdetti *quod vi*, *aut clam* e *unde vi*. Veggasi su questo proposito quello che abbiamo detto nei libri delle Istituzioni (162).

§. Solent, 7.

Oggigiorno i tutori nell'atto di assumere la tutela obbligano in forza di legge i loro beni al pupillo per gli effetti dell'amministrazione: se per avventura si scopra alcun dolo nella loro condotta, sono tenuti alla rifazione de' danni in via civile; e qualora il fatto meritasse un processo criminale, l'azione si promuove dinanzi a' magistrati ordinari, nè v'ha bisogno di rimettere i tutori a' magistrati straordinari.

L. Adiri, 2.

Per le cause di cui si tratta nella presente legge sono oggigiorno più presto competenti i tribunali di Commercio, che quello del Governo e di altrodi Roma.

(160) Veggasi il Card. de Luc. Relat. Cur. Rom. Disc. 36. n. 7. Regol. Org. di proced. crim. 5. Nov. 1831. art. 34.
(161) Sanchez. lib. 10. Disp. 8. n. 16. Reiffen. in lib. V. Decret. tit. 12. n. 42.
(162) Nel §. 6. n. 3. tit. XV. lib. IV.

TITOLO XIII.

DELL' UFFICIO DEL QUESTORE.

SOMMARIO

I. *De' Questori, de' Candidati e de' Prefetti dell' erario.*
II. *Del fisco, della regia corte, e della camera.*
III. *Potestà temporale degli Ecclesiastici.*
IV. *Officio e soppressione dell'autorità del Cardinale Arcidiacono.*
V. *De' Chierici di camera.*
VI. *Officio e autorità del Cardinale Camerlengo. Origine dell' Uditore di camera, del Tesoriere e del Governatore di Roma.*
VII. *Decadenza del Camerlengo.*
VIII. *Del Tribunale della camera Apostolica.*
IX. *Dell' Ufficio de' Chierici di camera. Organizzazione giudiciaria odierna.*
X. *Dignità succeduta agli antichi Questori.*

I. I Questori a' tempi dell' antica repubblica erano di tre specie: urbani, provinciali e criminali. Il presente titolo tratta di quelli della prima specie.

L' officio del Questore è il più antico, avendo esso preceduto nella sua istituzione tutti gli altri magistrati (163). La questura apriva l'adito per salire alle dignità, ed entrare nel senato. La principale incombenza del Questore era quella di raccogliere le rendite dovute all' erario, e di erogarle in utile pubblico: spettava parimenti al suo ufficio il vendere gli oggetti tolti all' inimico, e porre nell' erario il prezzo ricavato. Egli però non aveva alcun impero, e poteva esser chiamato innanzi al pretore da qualsivoglia privato. Dopo che Roma divenne metropoli di una monarchia, la questura secondo il capriccio degli Imperatori fu spesse volte abrogata, e nuovamente istituita: per alla fine sotto gl' Imperatori Augusti venne un altro genere di questori, chiamati candidati, officio de' quali era quello di leggere le lettere del Principe nel senato. La creazione de' candidati diminuì l' autorità de' questori antichi. L' unico diritto che loro rimase, fu di dare il parere nel senato, giacchè la cura dell' erario venne affidata ai Prefetti dell' erario creati da Nerone. In processo di tempo Costantino sostituì

(163) L. unic. hoc tit.

a' Prefetti dell'erario due altri magistrati; il primo col nome di conte delle sacre largizioni (164), e l'altro col titolo di conte delle cose private (165). Quegli aveva l'amministrazione del denaro pubblico; questi del privato patrimonio del Principe. Intanto i candidati salivano in maggior autorità, quanto più dall'antica decadevano i Questori. A' tempi di Costantino furono appellati Questori del sacro palazzo (166). Lo Scultingio è di avviso che il Questore del sacro palazzo, istituito da Costantino, non si debba confondere coi Questori candidati; ma il Panciroli opina ch' essi fossero tutt'uno (167). L'officio de' Questori del sacro palazzo consisteva nel dettare i rescritti del Principe (168) e nel comporre gli editti (169). Inoltre giudicavano col Prefetto del pretorio le cause che in appello erano devolute all' Imperatore (170) ed erano considerati come amministatori dell'impero (171).

II. Ma nelle rivoluzioni delle cose d' Italia, la quale portò una rinovazione totale nella forma di governo, il nome di Questore fu abolito, unitamente alle alte magistrature de' Romani; e le rendite dello stato furono regolate secondo l'organizzazione particolare de'nuovi principati. Il vocabolo erario, che all' epoca dell' antica repubblica significava la tesoreria dello stato, a' tempi dell' impero fu convertito in fisco; e questo nome è sempre durato dippoi. I Longobardi succeduti a' Greci denotarono il fisco col nome di regia corte, e i Franchi che successero a' Longobardi, usarono meglio quello di palazzo. Sembra che per la prima volta a' tempi di Carlo Magno, e di Lodovico il Pio, a denotare il fisco sia comparso il vocabolo *camera* (172).

III. Il vocabolo camera, sinonimo equivalente a fisco, significò quel luogo dove colavano i tributi tanto per mantenere la corte, che per la difesa del regno ed altri bisogni. Allorchè dopo la conversione di Costantino la religione di Cristo fu professata pubblicamente, e i vescovi e gli abbati furono posti al caso di poter liberamente esercitare il loro sacro ministero, non mancò la pietà de' fedeli, e spesso la munificenza degli Imperatori, di colmarli di doni e regalie; in

(164) *Comes sacrarum largitionum.*
(165) *Comes rerum privatarum.*
(166) *Quæstores sacri palatii.*
(167) Panciról. not. dign. Imp. Orien. cap. 72.
(168) L. 3. Cod. de divers. rescript.
(169) Edit. Justin. 13. cap. 1.
(170) L. 32. Cod. de appell.
(171) Triboniano fu insignito di questa carica.
(172) Murat. Antiq. Ital. Dis. 17.

breve tempo fatti doviziosi e potenti giunsero ad avere anch' essi la propria camera, nella quale si pagavano i censi, i tributi e le condanne che prima si dovevano al fisco reale.

IV. Tutte le Chiese Cattedrali e Metropolitane avevano propri officiali stabili, tanto per lo spirituale, che pel temporale: il Pontefice di Roma, come capo della Chiesa universale, aveva anche egli i suoi: L' Arciprete per l'esercizio della giurisdizione del primo genere, e l'Arcidiacono per l' esercizio della giurisdizione del secondo.

L' Arcidiacono, che rappresentava il Principe nel temporale, era come suo vicario: presiedeva alla camera, e con l' andare del tempo trasse quasi a sè solo tutta l' amministrazione dello stato. L' autorità ch' egli si era usurpata, il rendeva formidabile e possente al Pontefice medesimo, il quale mosso da giusta ragione stimò di farlo scendere da quel potere che gli aveva compartito: ed in tal modo fu soppressa un' autorità che ebbe durata sino verso la fine del secolo undecimo.

V. Tolta l' autorità del Cardinale Arcidiacono, il Pontefice prese a regolare di per sè stesso l' amministrazione de' suoi interessi, servendosi a tal' uopo di alcuni attori o azionari (173) i quali ebbero nome di Chierici di camera. Il loro numero sotto Eugenio IV. fu limitato a sette: ma Sisto V. l' estese a dodici. Tuttavolta le gravi occupazioni del supremo capo della religione non potevano a meno di togliergli sovente il tempo di presiedere alla sua camera, e presto si vidde nella necessità di commetterne la cura a un suo vicario, il quale, prendendo nome dall' ufficio, fu detto camerario, o, come oggidì, camerlengo.

VI. Sembra che l' amministrazione del pubblico tesoro sia sempre stata di grave stimolo alla vanità e all' ambizione: per servirmi di un' espressione adattata agli esempi, ella forma dell' amministratore un principe di fatto, e del sovrano un principe di diritto. Il Cardinale Camerlengo non tardò guari ad usurparsi quella medesima autorità, dalla quale era decaduto l' antico Arcidiacono. Trovandosi in possesso del tesoro e di tutta l' amministrazione delle rendite, gli parve forse cosa troppo meschina quella di doversi limitare alla cognizione delle sole cause fiscali. Allargò i pensieri sopra la carica: cominciò ad estendere la sua potestà sul temporale immediato reggimento di Roma; in appresso l' avanzò sul mediato reggimento dello stato nelle cause di appello e de' ricorsi: terminò con l' usurparsi la giurisdizione anche sulla cognizione delle cause profane di foro Ecclesiastico in grado di ap-

(173) *Actores* ac *actionarii.*

pello e de' ricorsi dagli Ordinari e Metropolitani. In effetto egli era diventato poco meno di un principe, e forse gliene mancava il nome, non la volontà. La moltitudine de' carichi ch' egli si era molto volontieri adossati, gli rendeva necessario l' aiuto di alcuni officiali subalterni che l' assistessero. Divise le funzioni, e creò parecchi magistrati: diede la cognizione delle cause di appello e di ricorso a un magistrato, cui fu posto il nome di Uditore di camera, ossia Uditore del Camerlengo: affidò il governo immediato della città e suo distretto a un ministro che pel suo ufficio venne chiamato Governatore, o vice Camerlengo: e commise la custodia del denaro e degli effetti spettanti alla camera a un aggiunto che si chiamò Tesoriere, delegando al medesimo anche la cognizione di quelle cause camerali che per la loro poca entità non avevano bisogno del voto o giudizio de' Chierici (174).

VII. Un magistrato che crea e sceglie a suo talento i magistrati, si usurpa un' autorità che non gli conviene; egli cessa di essere soggetto e diventa padrone. Quella causa che soppresse l' autorità dell' Arcidiacono, fu la medesima che diminuì quella del Camerlengo. Il Pontefice, fatto capace dell' usurpazione, conservò gli uffici de' nuovi magistrati; ma ne riserbò la nomina a sè stesso. In tal modo quell' illustre dignità venne fra loro divisa; e l' Uditore, il Governatore e il Tesoriere, comunicando direttamente col Principe, cominciarono a formare propri e separati tribunali indipendenti dal Camerlengo. In questa medesima occasione ebbe origine la dignità del Cardinale Segretario di Stato (175). D'allora in poi la carica di Camerlengo si ridusse piuttosto a una certa orrevole presidenza, o prefettura della camera Apostolica, che a una dignità veramente ricolma di prerogative. L' amministrazione attuale fece dalle sue mani passaggio in quelle del Tesoriere. Questi sino da quell' epoca lasciò di essere amministratore di fatto e lo divenne di diritto, e cosiffatto ordinamento si è conservato sino a' giorni nostri.

VIII. Diminuita l' autorità del Cardinale Camerlengo, il tribunale della camera venne composto di dodici Chierici detti di camera, del genere de' Prelati, e di un Prefetto che è il medesimo Camerlengo, il quale però suole di rado presiedere alle adunanze. Intervengono oltracciò il Governatore di Roma, come vice Camerlengo, l' Uditore della camera, il Tesoriere generale, un Presidente o revisore de' conti, un avvocato generale del fisco e un commissario generale della came-

(174) Card. de Luc. Relat. Cur. Rom. Disc. 11. per tot.
(175) Card. de Luc. Relat. Cur. Rom. Disc. 6. per tot.

ra. Il Governatore, l' Uditore, il Presidente e il Tesoriere non hanno voto decisivo, e avendolo, non si ritiene che per un solo, e però il loro intervento non è che meramente cerimoniale (176). L' avvocato generale e il commissario generale neppur essi hanno voto, ma' si richiede il loro intervento per sostenere gl' interessi del fisco.

IX. Il suddetto tribunale ebbe specialmente la cognizione di quelle cause che direttamente o indirettamente risguardavano gl' interessi della camera Apostolica, e secondo la sua ordinaria istituzione divenne giudice di appello dalle sentenze pronunciate dall' Uditore, dal Camerlengo, dal Tesoriere, e da ciascun Chierico in particolare (177). Il Camerlengo, al pari di ciascun Chierico, ebbe tribunale e giurisdizione speciale, e nelle cause di sua competenza ebbe la prevenzione col Tesoriere generale.

Secondo l' attuale organizzazione giudiziaria il Cardinale Camerlengo conserva il suo tribunale cumulativamente con quello del Tesoriere. La loro giurisdizione si estende sopra i delitti di contravenzioni, e frodi a danno dell' erario. Se la pena non oltrepassa la somma di duecento scudi, compreso il valore delle cose cadute *in commissum* e la multa, ovvero un anno di carcere, sono giudici competenti i Luogotenenti del Camerlengo o del Tesoriere (178). Se la pena pecuniaria o afflittiva è maggiore, la causa diventa di competenza della stessa Congregazione criminale del Cardinal Camerlengo cumulativamente con quella del Tesoriere generale (179).

Nelle sentenze profferite da' respettivi Luogotenenti compete l' appello all' una o all' altra Congregazione (180). Nelle sentenze profferite sui delitti maggiori compete l' appello, ugualmente sospensivo, dall' una all' altra Congregazione (181). Le sentenze pronunciate dalle Congregazioni sono irretrattabili (182).

Tanto il Cardinale Camerlengo, quanto il Tesoriere generale, possono delegare le loro funzioni al Prelato Chierico di camera, o loro Luogotenente (183).

Le cause civili che risguardano il pubblico erario, qualunque sia la somma di cui si tratti, sono conosciute e decise in primo grado

(176) Card. de Luc. Relat. Cur. Rom. Disc. 33.
(177) Card. de Luc. Relat. Cur. Rom. Disc. 33. n. 15.
(178) Regol. organ. di Proc. crim. 5. novembre 1831. art. 46.
(179) D. Regol. art. 47.
(180) D. Regol. art. 48.
(181) D. Regol. art. 49.
(182) D. Regol. art. 50.
(183) D. Regol. art. 51. 52.

dalla Congregazione civile dell' A. C. composta di cinque giudici (184). Le sentenze profferite da questo tribunale si recano in appello alla piena camera. Il Tribunale della piena camera è composta di cinque Chierici, ed è presieduto dal più anziano di essi col titolo di Decano. L' avvocato generale del fisco, e il commissario generale della camera, possono avervi l' intervento per sostenere gl' interessi fiscali (185).

X. Da quanto finora abbiamo esposto appare chiaramente, che agli antichi questori della repubblica può oggigiorno paragonarsi la dignità del Tesoriere generale: mentre egli in effetto ha l' amministrazione attuale ed economica delle rendite dello stato. Siccome l' amministrazione commessa a' Chierici di camera è piuttosto intellettuale per via di giustizia, che materiale, così con fondamento li rende paragonabili all' antica dignità del Procuratore di Cesare (186).

(184) Regol. legislat. e giud. 10. novemb. 1834. art. 328.
(185) D. Regol. legislat. art. 330.
(186) Card. de Luc. Relat. Cur. Rom. Disc. 33. n. 23.

TITOLO XIV.

DELL' OFFICIO DE' PRETORI

SOMMARIO

I. *Del Pretore urbano, e del Pretore peregrino.*
II. *Aumento de' Pretori.*
III. *Decadenza della dignità pretoria.*

I. Come più volte osservammo, la gelosia del consolato e il desiderio di stremarne le prerogative, fu l' origine della pretura. Il Pretore era magistrato urbano ed ordinario, e la sua creazione fu l' epoca, in cui cadde dall' uso la creazione straordinaria de' prefetti della città (187). Questo magistrato nella sua prima istituzione non era che unico, e la sua giurisdizione si estendeva sopra tutti i cittadini di Roma. La grandezza di quella città vi traeva gran copia di forastieri, fra' quali spesso occorrevano quistioni. I forastieri non erano capaci del diritto civile de' Romani; faceva d' uopo creare un altro pretore per rendere ragione fra loro. Questo ebbe il nome di pretore peregrino. Sebbene la podestà dell' uno non fosse punto inferiore a quella dell' altro (188), nulladimeno la dignità del peregrino era inferiore a quella dell' urbano, e perciò il primo chiamavasi minore, il secondo maggiore. Hotmann con somma accuratezza dimostra le principali differenze fra i due pretori, le quali a un di presso si riducevano a tre capi. 1. Il pretore urbano era giudice competente solo nelle cause de' cittadini romani; il pretore peregrino aveva la cognizione di quelle cause che si agitavano fra i cittadini e forastieri, o tra forastieri solamente. 2. Presso il pretore urbano si agiva con tutte le formalità del diritto civile; presso il pretore peregrino si agiva più presto in forza del diritto naturale. 3. Il pretore urbano soleva nell' anno della sua magistratura proporre un editto, nel quale indicava il modo che avrebbe tenuto nel giudicare le cause di propria competenza, e quali massime avrebbe abbracciato. Il pretore peregrino non soleva proporre alcun editto, ma per lo più si appigliava alle massime proposte nell' editto del pretore urbano.

II. I pretori avevano dapprincipio l' amministrazione della giustizia solo negli affari civili, e presiedevano semplicemente a' giudizi privati;

(187) Rosin. Antiq. Rom. lib. 7. cap. 15.
(188) Ascon. in 3. Verr.

i pubblici erano presieduti da altri magistrati creati dal popolo, i quali chiamavansi quesitori (189). Erano questi magistrati straordinari, cui veniva affidata la cognizione di que' delitti che importavano pena capitale; donde ebbero l' aggiunto di *quaesitores parricidii*; la loro giurisdizione terminava con la cognizione del delitto. Il vocabolo parricidio, come altrove osservammo, era anticamente usurpato per l' uccisione di un uomo qualunque. In appresso, dilatandosi il significato del medesimo, venne esteso ad ogni altro delitto atroce, e sotto tale denominazione si comprese qualunque delitto capitale. Ma dopo che vennero istituite le questioni perpetue, la cognizione de' pubblici delitti venne affidata anche a' pretori, e ne furono creati sei con potestà annuale, i quali giudicassero in forza di legge, con prescritta una certa e perpetua forma di giudicare. Le quistioni perpetue, che meglio oggigiorno si direbbero quistioni criminali, erano una specie di tante delegazioni universali, con cui si commetteva a un pretore la cognizione di un qualche delitto particolare. Il pretore urbano, e peregrino furono riserbati solo per le cause civili; gli altri quattro pretori avevano semplicemente la cognizione di un delitto in ispecie. Lucio Cornelio Silla aumentò il numero delle quistioni, e con esso quello de' pretori, aggiungendone quattro; altro aumento fece l'Imperatore Augusto, e a' tempi di Marco furono estesi a dodici (190).

III. Il pretore urbano a' tempi della repubblica era il primo tra' magistrati di Roma; e spesso sotto qualche colore si arrogava le parti del popolo sovrano. Comparsa la monarchia sopra la dignità di lui si pose in primo luogo quella dell' Imperatore, poscia quella del suo vicario; e la giurisdizione pretoria, decaduta da' primi onori, s' inabissò nell' avvilimento (191).

(189) *Quaesitores*, quasi Inquisitori.
(190) Rosin. Antiq. Rom. lib. 7. cap. 11.
(191) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 7. n. 1. tit. II. lib. I. Instit.

TITOLO XV.

DELL' OFFICIO DEL PREFETTO DE' VIGILI

SOMMARIO

Osservazioni sul presente titolo.

Presso gli antichi Romani la cura principale di prevenire gl' incendii era commessa a' Triumviri notturni, i quali avevano per coadiutori i Quinquemviri (192). Augusto stabilì sette coorti ne' luoghi più opportuni, acciocchè ciascuna di esse difendesse due quartieri della città; e pose alla loro direzione un magistrato straordinario, cui fu posto il nome di prefetto de' vigili (193). Officio di questo magistrato era quello di vigilare tutta la notte, e andare in giro calzato con vasi da portar acqua, e con asce (194). Egli aveva giurisdizione sopra gl' incendiari, sopra quelli che rompevano i muri per rubare, sopra i ladri semplici, sopra i ladri di rapina e sopra i ricettatori (195). Era altresì giudice de' Capsarii, ossia di quelli che dietro una mercede prendevano a custodire gli abiti ne' bagni, affine di riconoscere se avessero commesso qualche frode nell' esercizio del loro mestiere (196). Ma se l' atrocità e l' infamia del delitto era assai grave, doveva rimettere il delinquente al prefetto della città, perchè fosse sottoposto a pena maggiore (197). Questo magistrato ebbe durata fino a Giustiniano, il quale surrogò in suo luogo un pretore della plebe (198).

Anche a' tempi nostri dura il savissimo costume di questi notturni custodi per assicurare l' interna polizia della città dagl' incendi, rubbamenti, rapine aggressioni, o altre azioni illecite, che facilmente si possono commettere, e nascondere col favore della notte. A Roma, come in altri luoghi, v' ha parimenti l' uso di ritenere un corpo apposito di militi chiamati vigili, o pompieri, officio de' quali è quello di prevenire gl' incendi, e sedarli, tanto se accadono di notte che di giorno; e sarebbe certo desiderabile che di tal corpo fosse provveduta ciascuna città. Nulladimeno tanto i primi, che i secondi, non hanno oggigiorno alcuna giurisdizione civile o criminale; e la punizione dei delitti è rimessa a' tribunali o giudici ordinari.

(192) L. 1. ff. hoc tit.
(193) D. l. 1. in fin. et l. 3. princ. ff. hoc tit.
(194) D. l. 3. §. 3. ff. hoc tit.
(195) D. l. 3. §. 2. ff. hoc tit.
(196) D. l. 3. §. 5.
(197) L. 4. ff. hoc. tit.
(198) Nov. 13.

TITOLO XVI.

DELL' OFFICO DEL PROCONSOLE E DEL LEGATO.

SOMMARIO

I. *Della differenza fra Proconsole e Preside.*
II. *Della giurisdizione e potestà del Legato.*
III. *Decadenza de' Proconsoli.*

I. Proconsole presso i Romani chiamavasi quello, cui dal senato era commesso il reggimento di qualche provincia (199). In largo significato chiamavasi anche preside, perocchè sotto questo nome venivano generalmente designati anche i Legati di Cesare, e tutti quelli che erano preposti al governo de' provinciali (200). Nulladimeno il proconsole differiva in ispecie dal preside in quanto il primo aveva giurisdizione meramente civile, il secondo civile e militare (201). Ma dopo che per massima adottata dagl' Imperatori di Costantinopoli il poter militare venne disgiunto dal civile, fra preside e proconsole non rimase alcuna differenza, e però tutte le disposizioni di legge riguardanti il primo si resero comuni anche al secondo.

L' officio del proconsole nelle provincie era il medesimo del pretore urbano in Roma. Egli aveva l' amministrazione della provincia che gli era destinata e il potere giudiciario. Al pari del pretore urbano, assegnava il giudice e l' azione (202).

II. Il Legato era un aggiunto che il proconsole o il preside spesso eleggeva da sè, e talvolta riceveva dal senato, per avere un aiuto nell' amministrazione degli affari, e però i legati si prendevano in maggiore o minor numero secondo l' estensione della provincia (203). Essi erano adunque vicari o luogotenenti degli stessi presidi o proconsoli, ed avevano giurisdizione delegata dal proconsole o dal preside. Nulladimeno il legato non esercitava la giurisdizione delegatagli, come facente le veci del proconsole: ma bensì come se quella giurisdizione fosse stata sua propria. Quindi è che quantunque da' giudizi degli

(199) Veggasi quello che abbiamo detto nel principio del Tit. IX. num. 1. di questo libro.
(200) L. 1. ff. de offic. praesid.
(201) Pancirol. Not. Imp. Orient. cap. 98.
(202) Rosin. Antiq. Rom. lib. 7. cap. 42.
(203) Rosin. Antiq. Rom. lib. 7. cap. 44.

altri mandatarii di giurisdizione non si appellasse a quelli, che l'avevano loro delegata; ma bensì a quelli dinanzi a' quali si sarebbero appellate le sentenze degli stessi mandanti: tuttavia dalle sentenze del legato del proconsole si appellava al proconsole stesso (204). Consimili presso noi sono le disposizioni dell' odierna organizzazione giudiziaria ne' tribunali in forma di congregazione. Il luogotenente esercita la giurisdizione delegatagli dal preside; la legge però in tal caso gli determina la competenza: egli esercita questa giurisdizione non come delegata; ma come propria; e nelle sentenze da lui profferite si porta l'appello alla rispettiva congregazione, alla quale presiede il delegante (205).

Il legato aveva cognizione delle sole cause private: le cause di maggior rilievo si rimettevano al proconsole: la cognizione e l'esercizio delle questioni pubbliche non si poteva delegare, qualora non ne fosse stata fatta speciale licenza nella legge di tal questione (206).

III. Ma dacchè le provincie del romano impero caddero in potere di nazioni straniere, e l'Italia stessa fu soggetta a moltitudine di vicende, le quali fecero sparire le alte magistrature degli antichi, il nome di proconsole si perdè nell' obblio. Il suolo italiano, che a' tempi della repubblica formava un corpo partecipe de' diritti sovrani, abolito l'antico regime municipale, si sparpagliò in tante separate dominazioni (207); comparvero nel suo seno le provincie, e nelle provincie i presidi: così nella mobile natura delle cose Italia da regina cambiossi in suddita.

I presidi che si mandano in provincia dalla moderna Roma sono di gran lunga diversi da quelli che si mandavano da Roma antica. Gli odierni presidi hanno soltanto giurisdizione in tutti gli atti di governo e di pubblica amministrazione: ma l'esercizio della loro amministrazione è posto sotto la dipendenza de' Dicasteri superiori della capitale (208). Il giudiziario non entra nelle loro attribuzioni, essendo esclusivamente esercitato dai tribunali civili in questa parte surrogati oggigiorno agli antichi presidi (209). Il preside, qualora il voglia, può presiedere alle sedute criminali, ma senza emettere il voto (210).

(204) Tit. de appell. lib. 49.
(205) Regolam. Organic. di Proc. crim. 5. Nov. 1831. art. 36.
(206) Rosm. loc. cit.
(207) Veggasi quello che abbiamo detto nel principio del lib. II. Tit. I. Dig.
(208) Editto 5. Luglio 1831. Tit. I. art. 6.
(209) Regol. Legislat. e giudic. 10. Nov. 1834. art. 289.
(210) Detto Editto art. 6.

Nell' attuale organizzazione di giudici e tribunali per regola generale non sono oggigiorno legati eletti dal preside per l' amministrazione della giustizia: i giudici sono eletti dal Sovrano, hanno giurisdizione propria, non demandata, e secondo la loro rispettiva competenza, si chiamano Governatori, Assessori, e Giusdicenti (211). Qualora un governo rimanga vacante, il Preside ha la facoltà di proporre que' soggetti che gli sembrano più convenienti a coprirne l' ufficio: la scelta è rimessa al governo (212), e il giusdicente eletto non dipende dal preside in tutto ciò che riguarda l' amministrazione della giustizia (213).

L. Omnes, 2.

I proconsoli assumevano la giurisdizione volontaria, non contenziosa, appena usciti di Roma; e perciò potevano mandare ad effetto le adozioni, le emancipazioni e le manumissioni, anche prima di giungere nella loro provincia. Presso noi i giudici, e magistrati preposti alle provincie o governi, non possono esercitare gli atti di giurisdizione volontaria, se non entro i limiti del comune, in cui risiedodono, e de' luoghi che ne formano il governo (214).

§. Apud, 1.

L. Nec adoptare, 3.

Dice Marciano, che presso il legato del proconsole non si può manomettere, perocchè egli non abbia tal giurisdizione. A questa legge di Marciano è apertamente contrario un testo di Paolo, ove si dice, che le manomissioni si possono mandare ad effetto anche presso il legato (215). Il Cujacio è di parere, che nella risposta di Paolo manchi la negativa; e che perciò si debba leggere; *sed et apud legatum ejus manumittere non possumus* (216). Un Pietro Burgos si avvisa, che invece di *ejus* si debba leggere *Cæsaris*, quasi dicesse: *sed et apud legatum Cæsaris* ec. Il Gotofredo, ricusata l' opinione di altri parecchi, confessa

(211) Editto 5. Luglio 1831. Tit. 1. art. 17. Ed. 17. Dic. 1834. art. 105.
(212) Detto Editto. art. 17.
(213) Editto 17. Decembre 1834. art. 105.
(214) Regol. legisl. e giudiz. 10. Nov. 1834. art. 1784.
(215) L. 17. ff. de man. vind.
(216) Lib. 1. Obs. 1.

ingenuamente di aver molto tempo torturato il cervello inutilmente per conciliare Paolo con Marciano. Le odierne nostre leggi, e quelle di tutte le moderne legislazioni, stabiliscono distintamente i magistrati, cui viene attribuita la giurisdizione volontaria (217). In questo modo tanto le due sopraccitate leggi, quanto le relative conciliazioni, sono oggigiorno superflue ed inutili.

L. Observare, 4.

§. Proficisci, 2.

Severo Cecina presso Tacito (218) ci fa conoscere, che gli antichi Romani, come parecchi fra gli altri popoli, avevano per massima di non volere che gl' inviati, i legati, i presidi, e generalmente tutti quelli che si mandavano presso genti straniere, alleate o provinciali, conducessero seco le proprie mogli. E ciò, perchè il soverchio lusso di quelle donne non ritardasse la pace, perchè il loro spavento non ritardasse la guerra, o perchè la loro ambizione non fosse perniciosa a' soggetti. Presso noi, quanto agli Inviati, Nunzi, Legati, Presidi, e generalmente riguardo a tutte le alte magistrature, queste disposizioni sono veramente superflue; e forse potranno talvolta avere qualche applicazione ne' magistrati secolari dell' ordine giudiziario, ne' quali oggigiorno è trasfusa gran parte dell' ufficio degli antichi presidi.

§. Antequam, 3.

Il Proconsole, prima di entrare nella provincia che gli era assegnata, doveva annunciare il suo arrivo con un editto, il quale contenesse una qualche raccomandazione di sè a que' provinciali, con cui fosse stato legato per vincoli di amicizia o di parentela. Nel medesimo editto dovea dispensare i provinciali dallo andargli incontro tanto in forma pubblica, che privata, reputandosi a que' tempi cosa molto conveniente che ciascuno ricevesse il suo preside nella propria patria. Il fasto della corte di Costantinopoli abolì questa legge (219) ed oggigiorno non viene osservata.

(217) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 1. Tit. X. di questo libro.
(218) Ann. III. 33.
(219) Nov. 95. cap. 1. §. 2.

§. Ingressum, 5.

Precipua cura del preside era quella di conservare le antiche costumanze: in un' epoca nella quale regnava grandemente la superstizione, la più piccola mancanza su questo rapporto avrebbe forse impresso nell' animo de' provinciali una trista opinione sul futuro reggimento del nuovo magistrato. Si aggiunga, che siccome i Presidi e i Proconsoli spesse volte si mandavano in provincie di recente acquistate, la politica de' Romani, per captivarsi l' amore de' vinti, ricorreva a tutti que' mezzi, che senza offendere la maestà dello stato, conservassero i loro superstiziosi principii. Era quindi con sommo calore prescritta al Preside la via ch' egli dovea tenere nel viaggio, e nell' entrare nella provincia: perocchè, come dice il Giureconsulto, gli abitatori di provincia sogliono fare gran caso dell' osservanza delle loro prerogative. È chiaro che tutte queste disposizioni riguardano più gli antichi costumi de' Romani, che i nostri, e in pratica non sono osservate.

L. Solent, 6.

§. Non vero, 3.

Sebbene le antiche leggi prescrivessero a' giudici, e magistrali provinciali, di non ricevere da' loro soggetti alcun donativo (220); nulladimeno era permesso a' presidi e a' proconsoli di ricevere alcuni piccoli presenti chiamati *xenia.* Questi presenti consistevano in certi commestibili, de' quali si solevano regalare quegli ospiti, che venivano nelle altrui terre, per dar loro in tal modo una prova di affetto e e di benevolenza.

Vuolsi considerare, che anticamente i presidi e i proconsoli, lasciata la patria, si recavano ad esercitare il proprio officio in regioni lontanissime, e veramente straniere. Non era quindi inconveniente che, pervenuti dopo lungo viaggio fra popoli nuovi, di nazione diversa, dalla loro patria grandemente lontani, fossero trattati come ospiti stranieri, e ricevessero quest' attestato di piacere pel loro felice arrivo. Ma i presidi che si mandano in provincia dalla moderna Roma, non vengono da regioni lontane, nè tra popoli stranieri, o di nazione diversa; la qual differenza di cose rende quest' eccezione di regola, impertinenti agli odierni costumi.

(220) L. unic. §. 2. Cod. de contr. jud.

L. Nec quicquam, 9.

Il preside e il proconsole non avevano per regola alcuna ingerenza negli affari del fisco, mentre questi erano di competerza del procuratore di Cesare. Concordano con le romane le odierne leggi Pontificie (221).

§. Circa advocato, 2.

L' officio del preside riguardo alla vigilanza sugli avvocati, viene oggi esercitato dal consiglio di disciplina. Questo ha la speciale incombenza di osservare, che niun avvocato si allontani da que' principii di probità e delicatezza, che sono inerenti alla sua professione. Spetta dunque al medesimo *nec adeo dissimulare, si quos causarum concinnatores, vel redemptores reprehendat* (222).

§. Observare, 4.

Dalle leggi medesime de' Romani si conosce abbastanza con quanto di saviezza si diportassero, perchè la giustizia fosse comune; e perchè il potere e le dovizie non avessero vantaggio o preponderanza sulla povertà. Nelle incombenze affidate al preside era pur quella di dare un certo ordine alle postulazioni, acciocchè fossero ascoltate le istanze di tutti, nè venisse a' postulanti prestata udienza per ragione di onore, o per via di raggiro con grave pregiudizio del popolo minuto. Concordano con le romane le odierne leggi Pontificie (223).

§. Advocatos, 5.

Se l' impotenza d' un provinciale il metteva nell' impossibilità di procacciarsi un difensore, entrava a provvederlo l' officio del Preside: dicasi lo stesso, se il difensore fosse mancato per il partito, o per la potenza della parte contraria. Oggigiorno si è provveduto al primo caso con l' istituzione del difensore de' poveri: si è provveduto al secondo con l' elezione a sorte.

(221) Il Delegato in ciascuna provincia eserciterà.... la giurisdizione in tutti gli atti di governo, e di pubblica amministrazione, eccettuati.... quelli che spettano alla direzione del pubblico erario. Editto 5. Luglio 1831. Tit. I. art. 6.
(222) Edit. 17. Dicembre 1834. art. 240.
(223) Dettó Editto art. 133.

L. Meminisse, 10.

§. Legatum, 1.

L' officio del proconsole era annuale. Terminato l' anno della sua magistratura, doveva rimanere cinquanta giorni in qualche città della provincia da lui amministrata, acciocchè in questo tempo fosse fatta a ciascuno licenza di portare contro di lui le accuse per quelle mancanze che avesse potuto commettere (224). Per la stessa ragione egli non poteva permettere che prima di lui partisse il suo luogotenente. Osservano alcuni, che i Romani non consentirono che il legato potesse partir prima del proconsole, perocchè questi politicamente era per lo più in effetto destinato a sorvegliare la sua condotta, e mandandolo sotto pretesto di servire al preside, servivano piuttosto la loro segreta gelosia. Checchè però ne sia della verità, certo è che tale disposizione risguarda più l' antica posizione del governo de' Romani, che il nostro: e in pratica non viene osservata.

L. Legatus, 12.

Il legato, al pari del proconsole, aveva la podestà di dare il giudice. Non dubito che questa legge abbia cominciato a saper d'inutile sino dall' epoca, in cui fu abolito l' antico ordine de' giudizi (225).

L. Proconsules, 14.

Le onorificenze e prerogative, di cui si parla in questa legge, annesse alla dignità del proconsole, sono proprie degli antichi costumi. Le onorificenze, prerogative e trattamenti dovuti oggigiorno a ciascun preside sono regolati e distinti secondo la classe delle provincie. Se il Delegato è persona rivestita della dignità Cardinalizia, gode di tutti gli onori di Legato con quelle speciali prerogative che gli vengono attribuite con lettera in forma di breve (226).

L. Et legati, 15.

Sebbene il legato in genere non avesse la giurisdizione volontaria, poteva nulladimeno dare il tutore (227). Veggasi su questo proposito quello che altrove abbiamo accennato.

(224) L. unic. Cod. ut omnes jud.
(225) Veggasi quello che abbiamo detto nel principio del Tit. I. lib. V. Dig.
(226) Editto 5. Luglio 1831. Tit. I. art. 1.
(227) Cioè nella l. 2. Tit. XX. di questo libro.

TITOLO XVII.

DELL' UFFICIO DEL PREFETTO AUGUSTALE

SOMMARIO

Inutilità del presente titolo,

Augusto dopo la vittoria riportata sopra Antonio e Cleopatra ridusse l' Egitto in forma di provincia, e vi prepose a reggerla un prefetto che dal suo nome chiamò augustale. La precipua differenza fra questo magistrato e i rimanenti presidi di provincia era, che i presidi ordinariamente si sceglievano nell' ordine de' senatori, il prefetto augustale nell' ordine equestre. Nulladimeno l' autorità di questo prefetto era maggiore di quella degli altri legati di Cesare, e pari alla potestà proconsolare. Egli non deponeva la prefettura e l' impero, primachè il suo successore, benchè giunto nella provincia, fosse entrato in Alessandria (228). Nel resto la sua autorità era pressocchè uguale a quella de' presidi e proconsoli (229). Essendo oggigiorno spento l' officio di questo prefetto, credo per conseguenza inutile anche il titolo che ne tratta.

(228) L. unic. ff. hoc tit.
(229) Rosin. antiq. Rom. lib. 7. cap. 46.

TITOLO XVIII.

DELL' OFFICIO DEL PRESIDE.

Qual differenza ponessero gli antichi fra preside e proconsole venne da noi altrove osservato. Oggigiorno questa distinzione non ha più luogo. Gli attuali rettori di provincia si chiamano in genere presidi : in specie Legati o Delegati (230).

L. Illicitas, 6.

§. Veritas, 1.

SOMMARIO

Se il giudice debba nel giudicare seguire le prove o la propria coscienza

Dice Ulpiano che la verità non dee soffrire alterazione dagli errori corsi nelle cose già fatte. Per la qual cosa il preside deve attenersi a ciò che crede più conveniente, appoggiandosi alle prove che gli vengono somministrate.

Dal tenore di questa legge dimostrano alcuni, che il giudice nel profferire la sentenza dee seguire ciò che è stato allegato negli atti e provato, quantunque per propria scienza sia pienamente convinto della falsità della prova. E ciò per questo, ch' egli deve attenersi a quello che crede più conveniente, ma appoggiandosi alle prove che gli vengono somministrate.

Altri all' opposto sono di avviso, che il giudice debba nel giudicare seguire la propria coscienza, e non quelle prove che per propria scienza conoscesse false : mentre in caso diverso la verità soffrirebbe alterazione per gli errori corsi nelle cose già fatte.

Quindi sulla medesima legge noi abbiamo due opinioni totalmente contrarie. Io, per me, sono di avviso, che la prima sentenza sia più conveniente alla risposta di Ulpiano. Ed in fatti, suppongasi che un giudice per propria scienza conosca la falsità di un istrumento allegato negli atti: s' egli giudicasse dietro la prova del medesimo, l' errore

(230) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 4. §. 2. e nella l. 14. Tit. XVI. di questo libro.

corso nelle cose già fatte altererebbe la verità, e ciò sarebbe apertamente contrario alla disposizione di questa legge (231).

Che che però ne sia del vero e genuino significato delle parole di Ulpiano, è costante opinione professata dalla maggior parte de' pratici e giureconsulti che il giudice debba giudicare secondo le prove. E per fermo, se egli, negligentando que' mezzi che la legge gli somministra per regolare il giudizio, si appigliasse a giudicare secondo la sua propria scienza e coscienza, si spoglierebbe della qualità di magistrato per assumere quella di legislatore. Ciascun uomo, quanto alla ragione privata, dee regolare la propria coscienza dalla scienza; ma, quanto alla ragione pubblica, la coscienza debb'essere regolata da quella scienza che si acquista con le prove in giudizio (232). Tutti i teologi sono comunemente d' avviso che quel giudice, il quale per scienza privata sia conscio della falsità delle prove, impetrato che la causa si rimetta ad altro giudice, debba assumere le parti di testimonio (233).

§. Sicuti, 7.

Concorda con questa legge un paragrafo delle Istituzioni di Giustiniano, e possono ivi riscontrarsi le nostre osservazioni (234).

§. Praeses, ult.

Provano alcuni Interpreti da questa legge che la povertà del condannato possa per diritto romano offerire al giudice un motivo per rimettergli la multa. Siccome il giudice è servo, non arbitro delle leggi, così presso noi quando il condannato si trova nell' assoluta impossibilità di pagare la multa, ha luogo la commutazione della pena in quella della detenzione per tanti giorni, quanti sono gli scudi della multa inflitta, da non eccedere però la durata di un anno (235). L' Anton Matteo ed altri molto a proposito sono di avviso che in questo luogo non si parli della multa irrogata dalla legge (236).

(231) Coras. Miscell. lib. 4. cap. 20. Struv. Disp. 4. Th. 33.
(232) Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 1. Tit. 2. §. 240.
(233) S. Thomas, n. 2. quaest. 67. art. 2.
(234) Cioè nel §. 7. Tit. III. lib. IV.
(235) Editto sui delitti, e sulle pene 20. Settembre 1832. art. 67. Concor. Cod. Penal. Parmen. art. 39. 40.
(236) Anton. Matt. ad l. 47. Tit. 3. n. 6. Peregrin. de jur. fisc. l. 4. tit. 8. n. 19.

L. Saepe, 8.

L. Generaliter, 9.

SOMMARIO

Dell' antico ordine de' giudizi privati.

Nei primi tempi della repubblica la procedura aveva questi principii. Il magistrato, istruito il processo ed esaminato il punto di diritto, profferiva una decisione condizionale con le parole *si paret ec.*; e mandava i litiganti dinanzi a un privato: questi, conosciuto il fatto, profferiva il giudizio e dava la forza di sentenza definitiva alla decisione condizionale del magistrato. I presidi non potevano recedere dalle antiche regole, e per conseguenza dovevano astenersi dal giudicare su quelle cause che per antica usanza si solevano commettere a' privati. Quindi è che le parole espresse dai Principi nelle lettere di nomina *potrai presentarti dinanzi al preside della provincia*, non imponevano al preside, nè al proconsole, nè al legato di Cesare, la necessità di assumere la cognizione. Essi dovevano solamente esaminare se la causa fosse di loro competenza, ovvero se dovevano assegnare un giudice per deciderla. Se la causa era ordinaria, dovevano nominare il giudice: se meritava una cognizione straordinaria, dovevano giudicarla eglino stessi: simile procedura dipendeva però dalla qualità della quistione, e non dalla loro volontà (237). Questo chiamavasi anticamente ordine de' giudizi privati, il quale, essendo stato in processo di tempo abolito, rese quasi del tutto inutili quelle leggi che trattarono della facoltà di dare il giudice (238).

L. Ex omnibus, 10.

L. Omnia, 11.

I presidi e i governatori giudicavano nelle provincie tutte quelle cause che in Roma erano di giurisdizione del prefetto della città, del prefetto del pretorio, de' consoli, de' pretori, e di tutti gli altri magistrati. Appare da queste leggi che in Roma eravi pluralità di

(237) Noodt, de jurisd. lib. I. Cap. 7.
(238) Veggasi quello che abbiamo detto nel principio del Tit. I. lib. V. Dig.

giudici anche a' tempi degli antichi, perocchè dice Marciano appartenere all' officio de' presidi tutti quelli affari che in Roma si trattano dinanzi a vari giudici (239).

Nell' odierna organizzazione giudiziaria, con qualche limitazione, e secondo le rispettive competenze, i governatori, assessori, giusdicenti, i tribunali civili e quelli di appello, trattano in provincia quegli affari che in Roma sono di giurisdizione de' collaterali e dell' Uditore del Senatore (240), degli assessori dell' A. C. (241), del tribunale del Senatore (242), del tribunale dell' A. C. (243) e di quello della Ruota (244).

L. Congruit, 13.

Nell' attuale stato di cose il potere giudiziario è separato e disgiunto da tutto ciò che concerne gli atti di amministrazione, di governo e di polizia, e ciascuna di queste funzioni viene esercitata da ufficii e persone diverse. Questa legge non presenta adunque oggigiorno quegli assurdi, de' quali non mancava a' tempi dell' antico impero. Quando Roma era libera, osserva Cicerone, un cittadino non poteva essere condannato, se prima non era pubblicamente accusato (245). L' accusatore, che a un dipresso faceva le parti degli odierni inquisitori, era persona distinta dal giudice: l' accusa e la sentenza si divideva in due persone diverse. A' tempi dell' impero si cambiò massima. Piacque agli imperatori che i magistrati medesimi dovessero fare da inquisitori: siccome i magistrati erano anche giudici, riunirono in sè stessi la potestà di accusare e quella di punire. In questa maniera, come osserva il Balduino, divennero nel medesimo tempo accusatori e giudici (246).

L. Illud, 15.

Il preside destinato al governo di una provincia non poteva uscire da' confini di essa, qualora non fosse stato per sciogliere un voto,

(239) D. l. Omnia.
(240) Regolamento legisl. e giud. 10. Nov. 1834. art. 307.
(241) Detto Reg. art. 313.
(242) D. Regol. art. 309.
(243) Detto Reg. art. 317. n. 2.
(244) Detto Regol. art. 323.
(245) Cicer. Pro Rosc. Amer.
(246) Veggasi quello che abbiamo detto nel principio del Tit. XVIII. n. 5. lib. IV. Istitut.

e in questo caso non gli era permesso di pernottare fuori della medesima (247). I presidi, come altre volte osservammo, oltre l' amministrazione e il potere giudiziario, avevano anche il comando militare; e per lo più si mandavano nelle provincie poco affette al nome romano, le quali Augusto ritenne per sè (248). Il timore o il sospetto che l' assenza del preside porgesse occasione a qualche tumulto fece ritenere come fallo gravissimo la sua partenza. Laonde, per parità di ragione, ritengo che questa legge possa oggigiorno trovare qualche applicazione in quei comandanti militari, cui viene affidato il presidio o la custodia di una piazza. L' assenza de' quali, specialmente in tempi di sedizione, non sarebbe impunita. Quanto a' presidi però non viene osservata.

Riguardo ai magistrati dell' ordine giudiziario le odierne leggi prescrivono che niun giusdicente possa assentarsi dal luogo di sua residenza, se prima non abbia ottenuto il permesso in iscritto dal presidente del tribunale civile: il presidente però non può accordarlo, se non gli viene esibito quello del preside della provincia. Il permesso per un tempo maggiore di cinque giorni non viene accordato senza speciale autorizzazione del governo (249).

Così parimenti niun giudice de' tribunali civili e di appello può assentarsi senza il permesso del suo presidente: il presidente non può accordarlo per un tempo maggiore di otto giorni senza essere specialmente autorizzato dal governo. Il giudice che domanda il permesso, deve allegare una causa legittima della sua assenza, salvo il disposto riguardo alle ferie (250). Quanto agli stessi presidi de' tribunali civili e di appello, il diritto di accordare il permesso è riserbato al governo (251).

L. Plebiscito, 18.

Il preside, al pari del proconsole, poteva ricevere que' piccoli doni, de' quali abbiamo parlato altrove; il che, come ivi osservammo, ritenghiamo impertinente agli odierni costumi (252).

(247) Concord. l. 9. Cod. de offic. rector. provin.
(248) Veggasi quello che abbiamo detto nel principio del Tit. I. lib. II. Dig.
(249) Editto 17. Dicembre 1834. art. 108.
(250) Detto Editto art. 107.
(251) Detto Editto art. 108.
(252) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 6. §. 3. del tit. precedente.

TITOLO XIX.

DELL' OFFICIO DEL PROCURATORE DI CESARE, OSSIA DEL RAGIONIERE

SOMMARIO

Dignità succeduta all' antico procuratore di Cesare

Allorchè Augusto divise le provincie fra sè ed il popolo, nacque, come altrove osservammo, la distinzione fra provincie consolari e presidiali. Nelle prime il senato e il popolo mandava un proconsole e un questore, nelle seconde il Principe un preside e un procuratore.

Officio di questo magistrato, che sotto i susseguenti Imperatori ebbe nome di ragioniere, era quello di aver cura delle cose del principe, esigere i tributi, e impiegarli in quello abbisognasse per l'interesse di Cesare; ma non aveva alcuna giurisdizione, salvo nelle cause fiscali appartenenti all' erario. Qualora la provincia fosse stata di lunga estensione, erano agli affari del Principe deputati anche altri ragionieri (253), i quali però stavano sotto la dipendenza del ragioniere generale (254), e questa distinzione trovasi espressa in parecchi testi del diritto (255). Qual sia la dignità succeduta oggigiorno a questo magistrato, venne da noi altrove osservato (156).

(253) *Magistri rei privatae.*
(254) *Magister rei summae.*
(255) Cioè nella leg. 35. §. 2. ff. ex quibus caus. major.
(256) Tit. XIII. n. 10. di questo libro.

TITOLO XX.

DELL' OFFICIO DEL GIURIDICO

SOMMARIO

Cenno sul presente titolo.

Giuridico chiamavasi quel magistrato che insieme al prefetto augustale governava l' Egitto a nome di Augusto; in appresso il giuridico fu anche magistrato ordinario per l' Italia (257). Siccome la sua giurisdizione era simile a quella del pretore di Roma, e de' presidi delle provincie, così possono al medesimo applicarsi le nostre precedenti osservazioni.

L. Adoptare, 1.

A quali magistrati appartenga presso noi l' esercizio della volontaria giurisdizione, viene determinato dall' attuale organizzazione giudiziaria (258)..

L. Juridico, 2.

Quanto alla potestà di dare il tutore, la quale era anticamente accordata come un privilegio, veggansi le nostre osservazioni nelle Istituta di Giustiniano (259).

(257) Veggasi quello che abbiamo detto nel Tit. I. lib. II. Dig.
(258) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 1. Tit. X. di questo libro.
(259) Titolo XX. lib. I.

TITOLO XXI.

DELL' OFFICIO DI QUELLO, A CUI È MANDATA LA GIURISDIZIONE

SOMMARIO

Osservazioni sul presente titolo.

Prima che Roma si cambiasse in monarchìa, un propretore o un proconsole; e nell' impero un proconsole e un preside, avevano nella provincia sopra sè stessi tutto il carico degli affari giudiziari. In una provincia di grande estensione era impossibile che un solo vicario potesse attendere alle cause di tutti. I Romani supplirono in parte a questo difetto col rendere inerente alla carica di magistrato la facoltà di dare il giudice. Ma i giudici pedanei avevano semplicemente la nozione del fatto, senza alcuna giurisdizione, nè presso loro si mandavano ad effetto i più importanti passi della procedura; e però la loro istituzione non era bastante ad alleviare le occupazioni del magistrato. Perchè in tanta penuria di giusdicenti la giustizia non avesse sofferto alcun ritardo, si provvide col dare ai magistrati anche la licenza di delegare le proprie funzioni, ed in tal modo ebbero origine tutte quelle disposizioni riguardo alla giurisdizione mandata (260), delle quali è ripieno il diritto romano. Il giudice delegato non era dunque un magistrato, ma un semplice e puro vicario del mandante (261). I proconsoli, come sopra osservammo, avevano seco uno o più legati, perchè loro prestassero assistenza nell' amministrazione della provincia. Per tal ragione, avendo essi altri aggiunti, non potevano delegare la giurisdizione, che a loro soltanto (262).

Ma di mano in mano che la divisione sempre crescente delle provincie venne a restringere il numero degli affari portati dinanzi ad ogni

(260) Qual differenza corra fra giurisdizione mandata e delegata poco interessa al nostro istituto, dacchè per lo più ne' libri de' Digesti si usurpano promiscuamente l' una per l' altra. l. 1. §. quod mandatum ff. hoc tit. l. cum simus, Cod. ubi et apud quem E' gravissima quistione presso i Canonisti, se il Vicario generale del Vescovo abbia giurisdizione propria, ovvero mandata. L' opinione più ricevuta è ch' egli abbia giurisdizione ordinaria, mentre il Vescovo e il suo Vicario non formano che un sol tribunale. Quindi è, che dalle sentenze del Vicario generale non si appella al Vescovo, che lo ha nominato, ma al giudice superiore. Veggasi il Reiffen. in lib. I. Decret. tit. 28. n. 91. Regol. giud. 10. Nov. 1834. art. 358. 360.

(261) Vinnio, tract. de jurisd. cap. 8. n. 4.

(262) Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 4. Tit. 39. §. 1794.

vicario, la necessità di queste delegazioni si fece sentir meno. In appresso altri motivi contribuirono a renderle meno frequenti. Dopo la calata de' popoli germanici, l' ordine giudiziario ebbe una nuova organizzazione. I tribunali presero forma collegiale, e furono ampliati in ciascuna città e distretto (263). Il magistrato che presiedeva a' giudizi, non vi aveva alcun voto deliberativo, e l' autorità giudiziaria venne esclusivamente posta nelle mani de' giudici (264), il che si allontanò di gran lunga da' principii de' Romani, i quali, all' opposto, ponevano tutta l' autorità giudiziaria nelle mani del pretore. In questo stato di cose la necessità di demandare la cognizione di tutte le cause private ad altri giudici, non ebbe più luogo. Dopo l' abolizione dell' antico regime municipale, la facoltà di nominare i giudici e i magistrati fu riserbata a' Sovrani, e le leggi di ciascuno determinarono i casi ne' quali doveva o poteva aver luogo la delegazione di un giudice: ma secondo l' uso abbracciato presso tutte le nazioni, siffatta delegazione non si commise perchè, come anticamente, il delegato potesse decidere le controversie da sè solo; ma perchè istruisse alcuni atti della lite, riserbata la decisione al voto di tutti i giudici (265).

L. quaecumque, 1.

SOMMARIO

I. *Divisione dell' Impero presso i Romani in mero e misto.*
II. *Divisione della giurisdizione presso i moderni in criminale e civile.*

I. Non v' ha materia, secondo la testimonianza del Governo, che abbia dato tanto le spese al cervello degli interpreti, quanto quella di stabilire che cosa fosse giurisdizione, mero e misto impero, secondo la rispettiva competenza de' magistrati romani: la qual fatica, se non erro, provenne dal desiderio di voler accomodare a' tempi presenti que'

(263) Veggasi quello che abbiamo detto nel Titolo I. lib. II. Digest.
(264) Savigny, Storia del diritto roman. vol. I. cap. 4. n. 75. in fin.
(265) Così presso noi ha luogo la delegazione di un giudice per eseguire l' esame de' testimonii, Regolam. Legis. e giud. 10. Novembre 1834. art. 640. per ricevere le risposte negli interrogatorj: d. Regolam. art. 738: il giuramento decisorio: d. Regol. art. 755. o estimatorio, d. Regolam. art. 763. per la verificazione delle scritture: detto Regol. art. 803. per tassare le spese: d. Regol. art. 1179. per gli atti relativi al concorso universale de' creditori d. Regol. art. 1507. ecc.

diversi gradi di giurisdizione o d' impero che riguardavano l' antica costituzione della repubblica. Il che, se per avventura si voglia por mente alla differenza de' costumi e de' governi, fu veramente strano, e non recò altro vantaggio che quello di leggere ne' libri degli autori una moltitudine di quistioni, le quali dietro la nuova organizzazione giudiziaria sono oggigiorno totalmente superflue.

Mero impero chiamavasi presso i Romani quello che non era annesso alla giurisdizione, esistendo in modo speciale nel magistrato per concessione della legge. Era questo la podestà della spada (266), perocchè a que' tempi la vita non si potesse togliere che col ferro (267). Del rimanente il vocabolo spada, congiunto a podestà, non era portato che per esempio, quasi che dalla podestà della spada si distinguesse principalmente l' impero assoluto, e però non veniva dal medesimo esclusa la facoltà d' irrogare qualunque altra pena, salvo quella che si limitava a difendere la giurisdizione (268). Da tutto ciò si conosce che il mero impero consisteva semplicemente nella cognizione delle cause criminali; e che non aveva cosa alcuna di comune con l' impero misto e con la giurisdizione.

Ne' primi tempi di Roma era per legge stabilito, che niun magistrato potesse di suo arbitrio procedere criminalmente contro un cittadino romano. Il popolo riserbò questo diritto a sè medesimo; e quando fosse stato commesso qualche delitto, o giudicava egli stesso, o ne soleva commettere la speciale cognizione ad altri (269). Dopo l' istituzione delle quistioni perpetue, furono deputati alcuni pretori con potestà annuale, i quali avevano unicamente la giudicatura nelle cause criminali. Questi nell' assumere la cognizione ricevevano il mero impero per legge curiata dal popolo. A' tempi della monarchia, cambiato l' ordine de' giudizii, la cognizione de' misfatti fu commessa in Roma al prefetto della città, e nelle provincie ai presidi e ai proconsoli. Fino d' allora il mero impero, se vogliamo per qualche tempo eccettuare i proconsoli, non veniva loro attribuito per legge dal popolo, ma l' assumevano in forza della stessa creazione. I pretori urbani non l' avevano: qualora avessero trovato un delinquente degno di maggior pena, dovevano rimetterlo al prefetto della città (270). Man-

(266) L. 3. ff. de jurisd.
(267) L. 8. §. 1. ff. de poen.
(268) L. nemo potest. 70. de reg. jur. l. 6. prin. ff. de off. procon.
(269) Liv. lib. 39.
(270) L. 1. §. solent. 8. de off. praef. urb. l. 3. §. sed. si 15. ff. de suspectis. tut.

data la giurisdizione s' intendeva mandato anche l' impero misto, ossia quello, pel quale si potevano mandare ad effetto gli atti della giurisdizione medesima. La potestà della spada, ossia il mero impero, non si poteva demandare, essendo trasmesso al magistrato in forza di una legge particolare (271).

II. Del resto, siccome tutte queste distinzioni di mero e misto impero riguardano più i costumi degli antichi che i nostri; così in pratica sono oggigiorno di niun momento. Nell' attuale ordinamento di cose la giurisdizione de' magistrati di ciascuna provincia è regolata dalle veglianti leggi: si divide in civile e criminale, e la podestà della spada, secondo i nostri costumi e quelli di quasi tutte le nazioni, non è tanto parte di mero impero, quanto di ordinaria giurisdizione, la quale, non altrimenti che le altre parti della medesima, viene esercitata da' magistrati dell' ordine giudiziario (272).

L. Mandata', 2.

§. Si tutores, 1.

Domanda il giureconsulto, se quegli, cui è mandata la giurisdizione, possa prendere cognizione riguardo alla vendita de' predi de' pupilli e de' minori. La negativa è fondata sulla ragione, che simile cognizione è specialmente demandata al magistrato per legge dell' Imperatore Severo. Siccome secondo gli odierni regolamenti tale cognizione compete generalmente per diritto di magistrato; così ritengo che la ragione, sulla quale è fondata la negativa, sia impertinente agli odierni costumi.

(271) Per diritto civile mediante la demandata giurisdizione non si trasmettono que' diritti qualunque, che dalla legge, da' Senato consulti e dalle costituzioni de' Principi, vengono specialmente attribuiti. E ciò per questo, che il magistrato esercita i suddetti diritti, come derivanti da beneficio altrui, non in forza di un diritto inerente alla sua magistratura. Quindi è, che siccome il mero impero veniva al magistrato concesso da una legge speciale, non si poteva dal medesimo delegare. Secondo l' opinione più comune, che non manca di contradittori Vinn., tract. de jurisd. cap. 3. n. 4. Covarr. var. resol. lib. 3. cap. 20. n. 4. Facchin. contr. jur. lib. 6. 9. cap. 99. Questa disposizione del diritto romano venne corretta dalle leggi Canoniche, le quali permettono a' Vescovi, a' Prelati, a tutti quelli, che hanno giurisdizione ordinaria, di poter delegare qualsivoglia genere di cause, comecchè risguardino il mero impero. Marant. Specul. Aur. pars. 4. dist. 5. n. 67. Vallens. in lib. 1. Decret. tit. 29. §. 2. Reiffen. Ibid. n. 80. cap. 13. Groenew. hic.

(272) Regol. Organ. di procced. crim. 5. Nov. 1831. art. 20.

TITOLO XXII.

DELL' OFFICIO DEGLI ASSESSORI.

SOMMARIO

I. *Origine degli Assessori.*

II. *Delle odierne congregazioni governative e del segretario generale.*

I. Fino dal tempo dell' antica repubblica i pretori, specialmente se non erano giureconsulti, avevano propri consiglieri, per valersi dell' opera loro, qualora ne avessero avuto bisogno. Dopo che la somma delle cose venne in mano agl' imperatori si viddero necessitati a creare un consiglio per dar corso a tutti gli affari, massime a' processi che loro si rimettevano in appello (273). I presidi di provincia imitarono l' esempio della corte, e si fecero anch' essi un consiglio particolare. I consiglieri ebbero nome di assessori. Probabilmente il mantenimento di questo consiglio o collegio portava una spesa, e però in processo di tempo ne fu diminuito il numero. A' tempi di Giustiniano ogni vicario aveva un solo assessore (274).

L' uso degli assessori si è conservato quasi in tutti i tempi, ma però con uffici e incombenze proporzionate alla differenza de' costumi, e adattate alle forme de' governi. Presso noi, conformemente alle ultime disposizioni di Giustiniano, v' ha oggigiorno un solo assessore presso ogni preside (275). Corre però questa differenza fra gli antichi e moderni tempi, che laddove anticamente il preside era egli solo il giusdicente, e l' assessore in tutto ciò dipendeva dal medesimo; oggigiorno, all' opposto, è giusdicente l' assessore; e in tutto ciò che gli viene attribuito a titolo di giusdicenza non ha col preside dipendenza alcuna (276).

II. Oltre l' assessore, v' ha in ogni capoluogo di provincia un segretario generale, e una congregazione governativa, composta di quattro consiglieri. Questo corpo così riunito può offerire una qualche somiglianza dell' antico collegio di quegli assessori, de' quali si valeva-

(273) HAUBOLD. de consist. Princ. Spec. 1. et 2.

(274) L. 2. §. 19. Cod. de off. praef. pr. afric. Nov. 15. Nov. 24. Cap. 6. Nov. 25. Cap. 6. N. 28. Cap. 3. Nov. 29. Cap. 2. Nov. 30 Cap. 6.

(275) Editto, 5. Luglio 1831. Tit. 1. art. 7.

(276) Detto Editto, art. 7. Editto 17. Dicembre 1834. art. 105.

ro i presidi nel disbrigo de' carichi loro affidati. Essi però non hanno alcuna ingerenza nel giudiziario; e nell' amministrativo, qualora si tratti di rendiconti o esami di preventivi e consuntivi, tanto delle comunità che delle rispettive provincie, siedono con voto deliberativo al pari del preside. In tutto il resto il loro voto è semplicemente consultivo, e il preside ha riserbata a sè solo la risoluzione definitiva (277). Il segretario generale non ha voto nelle adunanze, se non nel solo caso che manchino due o più consiglieri (278). Per una certa parità di ragione e di uffizio ritengo che le disposizioni del presente titolo possono oggigiorno applicarsi a questo consiglio.

L. Omne, 1.

L' officio degli assessori, dice il giureconsulto, nel quale prestano lor opera i giurisperiti, si aggira quasi sempre nel suggerire le ragioni al magistrato giudicante, nel porre in ordine le istanze, nell' estendere gli editti, nel suggerire al magistrato ciò che dee decretare, o rispondere a' libelli presentati, e nell' estendere le lettere, ovvero consulte che il magistrato scrive al principe.

L' officio degli assessori, nel quale anche a' tempi nostri prestano lor opera i giurisperiti, si aggira a dar consiglio al preside, allorchè possa esservi bisogno delle sue cognizioni (279). Quanto al giudiziario, l' officio suo è determinato dagli attuali regolamenti; e in questo caso, secondo la sua rispettiva competenza, è giudice di prima istanza. Presso noi gran parte degli affari commessi agli antichi assessori vengono oggigiorno esercitati dal segretario generale. Spetta al medesimo l' estensione delle risoluzioni, le scritturazioni de' registri ed il carteggio (280).

L. Liberti, 2.

Quali sieno i requisiti necessari per essere assessore, segretario generale o consigliere, viene oggigiorno determinato dagli attuali regolamenti (281), nè fa d' uopo ricercarli nel corpo dell' antica ragione civile.

(277) Detto Editto 5. Luglio, 1831. art. 11.
(278) Detto Editto 5. Luglio, 1831. art. 13.
(279) Detto Editto 5. Luglio, 1831. art. 7.
(280) Detto Editto art. 13.
(281) Detto Editto 5. Luglio, 1831. art. 9. Editto 17. Dicembre 1834. art. 119.

L. Si eadem, 3.

Niuno può essere assessore nella sua provincia. Presso noi niuno può essere assessore o giusdicente nella sua città: ma i consiglieri componenti le congregazioni governative debbono essere nativi della provincia e originari della medesima, o possidenti in essa, o almeno fra quelli che hanno ivi contratto domicilio da dieci anni (282). Di essi però non più di due possono essere del capo luogo; il rimanente dee spettare al resto della provincia. Da questa disposizione viene eccettuata la città di Bologna, nella quale, attese le sue particolari circostanze, si permette che i quattro individui della suddetta congregazione possano essere della medesima città (283).

(282) Detto Editto 5. Luglio, 1831. art. 16. Tit. 1.
(283) Detto Editto art. 8. Tit. 1.

DELLE LEGGI ROMANE

ABROGATE, INUSITATE E CORRETTE

SECONDO L' ORDINE DELLE PANDETTE DI GIUSTINIANO

LIBRO II.

TITOLO I.

DELLA GIURISDIZIONE

SOMMARIO

I. *Divisione dell' Impero dopo la guerra italica.*
II. *Delle Provincie.*
III. *Differenze fra le Provincie e l' Italia.*
IV. *Condizione delle medesime.*
V. *Magistrati Cittadini.*
VI. *De' municipii, delle colonie e delle prefetture.*
VII. *Degli antichi diritti de' municipii e delle colonie.*
VIII. *De' decurioni e de' duumviri.*
IX. *Divisione di Adriano. Primo passo alla decadenza dei diritti municipali.*
X. *De' giudici sotto Marco Aurelio.*
XI. *Condizione delle prefetture.*
XII. *Invasione de' Goti. Regno d' Italia.*
XIII. *Invasione de' Longobardi*
XIV. *Organizzazione giudiziaria de' popoli germanici.*
XV. *Origine de' tribunali collegiali.*
XVI. *Abolizione delle alte magistrature de' Romani. Diritti de' municipii sotto i Longobardi e i Franchi.*
XVII. *Del ducato di Roma e dell' esarcato di Ravenna.*
XVIII. *Impero di Occidente.*
XIX. *Ordinamento giudiziario di Roma e dell' esarcato sotto i Pontefici.*
XX. *Libertà de' municipii.*
XXI. *Governo delle repubbliche italiane.*

I. Allorchè, sedate le civili discordie che tennero lunga pezza diviso il popolo e il senato, Augusto sotto lo specioso nome di capo della repubblica fu fatto padrone della medesima, Roma era la metropoli di un impero che abbracciava l' Italia e quasi due parti del mondo. Dopo la famosa guerra sociale, per la quale tutte le città d' Italia furono aggregate al popolo sovrano, lo stato fu diviso in due parti. Esse comprendevano l' Italia e le provincie.

II. Chiamavansi provincie quelle regioni, le quali, vinte dalle armi dei Romani, o in qualunque altro modo assoggettate al loro potere, venivano spogliate delle proprie leggi e de' propri magistrati, per sottostare alla leggi e ai magistrati della repubblica (1). Esse prendevano il nome dal magistrato che era preposto ad amministrarle, e però dicevansi consolari o pretorie, secondo che il magistrato fosse stato pretore o console. Ordinariamente le provincie si reggevano da' pretori, i quali venivano prescelti dal senato, e prendevano l' impero per legge curiata dal popolo: i consoli erano per lo più riserbati a quelle provincie che davano a temere sedizioni e tumulti: se questi magistrati, prorogato l' impero, rimanevano nelle provincie anche dopo finito l' anno della loro magistratura, assumevano il nome di proconsoli o propretori (2). Tanto le provincie pretorie, che le consolari, erano sotto la potestà del senato: il senato poteva cambiare le pretoric in consolari, e le consolari in pretorie: tuttavia la sua potestà era soggetta a qualche limitazione nel modo di assegnarle a' futuri magistrati. Allorchè Augusto, fatto capo della nazione, ebbe dal senato e dal popolo la somma di tutto l'im-

(1) Sigon. de antiq. jur. provin. lib. 1. cap. 1.
(2) Sigon. loc. citat.

pero, fece una nuova divisione fra sè ed il popolo. Egli ritenne per sè quelle che per la loro posizione e pe' mali semi che in esse germogliavano, avessero mestieri di uno speciale magistrato che non solo le amministrasse, ma eziandio le custodisse: le altre, più pacifiche e meno armate, furono lasciate al popolo. Le prime chiamaronsi presidiali, le seconde proconsolari.

III. L'autorità del proconsole, e quella del preside o legato di Cesare, erano pressochè uguali. La principale e più ragguardevole differenza fra le città italiane, e le provincie consisteva in questo, che le prime erano indipendenti, laddove le seconde stavano soggette a un vicario imperiale. Ma i principi, i quali vedevano di mal occhio tale disuguaglianza fra le due parti dello stato, e che per ridurle a comune obbedienza procuravano di metterle in ugnaglianza, tolsero, come vedremo in appresso, questa differenza. In tal modo la condizione delle provincie ebbe qualche miglioramento, e quella d'Italia fu invece depressa.

IV. Il preside e il proconsole erano magistrati supremi: nella loro provincia, dopo il principe, avevano maggiore autorità di chiunque (3); riunivano in sè stessi l'amministrazione civile e il comando militare. A' tempi della repubblica, quanto al potere giudiziario, avevano il medesimo officio del pretore di Roma (4), istruivano il processo, esaminavano il punto di diritto, ed assegnavano il giudice che prendesse cognizione del fatto (5). Qualora il processo veniva definito da loro medesimi senza l'intervento di un giudice privato, questo chiamavasi cognizione straordinaria (6).

L'imperatore Costantino, fatto capace dall'esempio de' suoi predecessori di quanti inconvenienti era sorgente l'unione del potere civile e militare in una sola persona, divise l'uno dall'altro. La costituzione di Costantino che fu poscia estesa anche all'Italia, fu confermata da Giustiniano (7). Questa disposizione conformavasi all'attuale stato delle cose; perocchè, molto tempo prima che si pubblicasse la suddetta costituzione, la differenza fra provincie presidiali e consolari era scomparsa.

(3) L. 4. ff. de offic. praesid. l. 8. ff. de off. procon.

(4) Rosin. Antiq. Rom. lib. 7. Cap. 42.

(5) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. legatus, in Tit. XVI. l. generaliter. 9. Tit. XVIII. lib. I. Dig.

(6) *Extraordinaria cognitio*. Quali mutazioni occorsero nell' antico ordine dei giudizi, veggasi quello che abbiamo detto nel principio del tit. XXII. n. 1. lib. L. e nel principio del Tit. I. lib. V. Dig.

(7) Nov. 30. cap. 1.

Alcune testimonianze provano, che le massime adottate da Costantino sulla divisione de' due poteri vennero qualche volta derogate (8); ma queste deroghe non furono che eccezioni. Il rettore, o il preside, ebbero l' autorità civile; la militare fu data a parecchi comandanti o generali (9), e divisa fra molti *duci*, o *duchi* (10), de' quali alcuni ebbero il titolo di *conte* (11).

V. Le provincie, al pari d'Italia, avevano il loro senato e propri magistrati; l' Italia però prevaleva in questo, che le provincie, salvo quelle che per privilegio godevano de' diritti concessi agl' Italiani (12), non avevano magistrato, il quale, come duumviri, riunisse l' amministrazione della città, la presidenza del senato e l' autorità giudiziaria. La prima e l' ultima entrava nelle ispezioni del vicario imperiale: la seconda accordavasi a particolare magistrato, chiamato *principale* (13). Il principale aveva l' esercizio della sua carica a vita, la conseguiva per anzianità, non per elezione (14); i duumviri all' opposto avevano l' esercizio della carica annualmente, e venivano scelti ed eletti dal corpo de' decurioni.

La lontananza della sede imperiale dava spesso occasione a' vicari di farla da padroni nelle provincie loro soggette. Per reprimere qualunque abuso fu istituito un particolare magistrato, cui fu posto il nome di difensore della città (15). Il suo nome medesimo fa conoscere qual fosse il suo officio. Il difensore non poteva essere decurione, nè eletto da' decurioni. L' elezione facevasi dall' intera città (16). La sua carica durava cinque anni, Giustiniano vi prefisse minor durata, e la ridusse a due (17). Oltre la protezione della città, godeva anche di una certa

(8) Maffei, Verona illustrat. T. 1. lib. 8. p. 340. 348. Ammian. XXVI. 8. Cassiodor. VI. 12. 21. V. 14.

(9) *Magistri Militum.*

(10) *Duces.*

(11) *Comes*, Cod. Theod. VI. 14.

(12) *Jus Italicum.*

(13) *Principalis* l. 171. Cod. Theodos. de decurion. Parecchi documenti provano, che il Principale fu talvolta chiamato duumviro, come pure che in alcune provincie vi furono duumviri invece di principali. Indi è, che alcuni sono d' avviso, che tra il Principale ed il duumviro non vi fosse differenza che nel titolo e nel l' elezione. Queste differenze però non erano fra' Romani di piccolo momento.

(14) D. l. 171. Cod. Theod. de decur.

(15) *Defensor civitatis.* leg. 1. Cod. de defens.

(16) L. 1. Cod. Theodos. de defensor. l. 8. princip. Cod. Justinian. *eod.* l. 19. Cod. Just. de Episcop. aud. Nov. 15. cap. 1.

(17) L. 4. Cod. de defens. Nov. 15. Cap. 1.

giurisdizione civile, la quale a' tempi di Giustiniano fu estesa a trecento solidi (18). Negli affari di sua competenza era giudice in prima istanza: l'appello si recava innanzi al vicario imperiale (19). Sebbene nel principio della loro istituzione i difensori non ritenessero altro officio, che quello di difendere la città dall' oppressione de' luogotenenti del principe, e fossero totalmente stranieri all' amministrazione della comunità che rappresentavano, nè avessero nel senato alcuna ingerenza o presidenza; poco per volta salirono in grado maggiore, si fecero capi delle curie, e da ultimo Giustiniano li promosse alla dignità di veri magistrati (20). Essi però non esercitavano i diritti della magistratura, se non quando i magistrati mancavano (21).

VI. L' Italia era suddivisa in altrettante piccole repubbliche, le quali si erano con le armi in mano procacciato il diritto di cittadini romani (22). Augusto, salvo qualche eccezione, conservò la costituzione della repubblica in Roma, e per la medesima ragione la conservò ugualmente nelle città Italiane (23). Le repubbliche Italiane si partivano in municipii, colonie e prefetture. Chiamavansi municipii quelle che anche prima della guerra sociale si governavano con le leggi del proprio paese, e che non avevano da Roma alcuna derivazione. Chiamavansi colonie quelle che in certo qual modo avevano origine da' Romani, ed erano in fatti composte di antichi abitatori, e di nuovi coloni condotti da Roma. Si chiamavano prefetture quelle città che in pena delle loro ribellioni erano da' Romani ridotte a un governo poco dissimile da quello delle provincie. Oltre i municipii, le colonie e le prefetture, eranvi anche altri luoghi denominati fori, conciliabili e castelli, i quali altro non erano che piccole comunità d' ordinamento imperfetto.

VII. Tanto i municipii, che le colonie, riguardo all' amministrazione civile erano governati da' propri magistrati, eletti da loro stessi. Questi giudicavano le cause, regolavano la pulizia, levavano qualunque sorta di carichi che fossero bisognati pel paese, o per servizio del principe. Le loro sentenze erano inappellabili; e sebbene an-

(18) L. 1. Cod. de defens. Nov. 15. cap. 3. Quest' Imperatore aggiunse al difensore un *exceptor*, e duc. ufficiali.

(19) Nov. 15. cap. 5.

(20) Nov. 15. praefat. et cap. 1. SAVIGNY, Storia del diritto romano Vol. I, cap. 2. n. 23.

(21) SAVIGNY, loc. citat.

(22) Veggasi quello che abbiamo detto nel titolo V. n. 6. lib. I. Dig.

(23) Veggasi quello che abbiamo detto nel princ. del Tit. V. n. 10. lib. I. Dig.

che a' tempi della repubblica spesse volte si avesse ricorso a' consoli, a' pretori o a' prefetti della città di Roma, ciò non aveva luogo che per una eccezione della regola. Non era quindi che un' eccezione eziandio il caso, che qualche processo di sommo rilievo si trattasse anche in prima istanza dal senato romano (24).

Come a Roma, così nei municipii e nelle colonie, il popolo aveva il potere legislativo, e l' elezione de' magistrati: al senato era riserbata l' amministrazione de' pubblici affari (25). Ma in quella stessa maniera che in Roma, sotto l' impero di Tiberio, il popolo si spogliò degli antichi suoi diritti, così il popolo fece altrettanto nelle città d' Italia, aumentando i poteri del senato. D' allora in poi il senato vide riunita in sè stesso tutta la somma delle cose, e divenne l' arbitro delle città.

VIII. Il senato era composto da un numero determinato di personaggi più illustri della città. Il nome del corpo, per distinguerlo dal senato dell' impero, era quello di ordine de' decurioni: in appresso fu chiamato semplicemente ordine; e ne' tempi posteriori ebbe il nome di curia. È chiaro, che come i membri del supremo consiglio di Roma chiamavansi senatori, così quelli de' municipii chiamavansi decurioni o curiali.

Presidi del senato erano i duumviri, o quatuorviri. Questi, unitamente a tutti gli altri magistrati, non potevano essere scelti ed eletti, che nell' ordine de' decurioni. La loro carica era annuale (26). La loro magistratura, pressocchè simile a quella degli antichi consoli romani, oltre la presidenza dell' ordine, comprendeva la soprintendenza di tutte le parti del governo e l' amministrazione della giustizia. In appresso la semplice parola di magistrato venne a supplire al vocabolo duumviro, e indicava specialmente la prima magistratura municipale (27).

IX. Ma questa giurisdizione de' duumviri che in principio non aveva alcun limite, venne in progresso di tempo diminuita dalla politica de' susseguenti Imperatori. È presumibile, che come essi cercavano lentamente di ottenere l' assoluto dominio in Roma, covassero in animo di fare altrettanto in Italia. E in fatti, quando Tiberio spogliò i Romani del diritto de' suffragi, non fece più grande il senato, che per meglio fa-

(24) Maffei, Verona illustrata, lib. V. Denina, Rivol. d' Italia lib. 3. cap. 1.

(25) Cicer. pro Cluen. 8. Noris. Cenotaph. Pisan. Tab. II. dis. 1. c. 3. pag. 45. Savigny, Storia del diritto romano Vol. I. cap. 2. n. 6.

(26) L. 13. ff. ad municip.

(27) Savigny, Storia del diritto romano lib. 1. cap. 5. n. 106.

vorire la propria potenza. Non era però altrettanto facile di eseguire tali cambiamenti in Italia: la fresca memoria di quei diritti che gl'Italiani avevano acquistato col proprio sangue, faceva loro custodire con maggior gelosìa quelli ch' erano propri del loro governo; e non è tanto credibile che mentre essi a tutto potere si operarono a cercare la sovranità in casa altrui, volessero poscia perderla in casa propria. Ma la politica di Adriano riuscì nell'intento. Questo Imperatore, a differenza degli altri, corse più fiate i paesi d' Italia; volle occuparvi parecchie cariche; fecesi capo del governo in Napoli, pretore nell' Etruria, Dittatore, Console ed Edile nel Lazio. La sua popolarità gli conciliò l' amore de' pópoli, i quali non seppero poscia opporsi a quei disegni che egli seppe mandare ad effetto. Sotto il suo impero, l' Italia fu divisa in quattro consolari, eccettuato un distretto che fu posto sotto la giurisdizione immediata del pretore urbano, e vi mandò in ciascuno come giudice supremo un senatore già stato console. Sebbene i municipii non avessero nel rimanente perduto la loro costituzione, è verisimile, che passando essi nella dipendenza di un vicario imperiale, diminuissero in gran parte la libertà del proprio governo.

X. Marco Aurelio, succeduto ad Adriano, surrogò a' consolari un altro magistrato, la cui potestà non era punto inferiore, sebbene fosse minore la sua dignità. Questo nuovo magistrato ebbe il nome di giuridico. Da quell' epoca, limitata la giurisdizione de' duumviri, o quatuorviri, i supremi magistrati municipali non ebbero impero nè potestà, e giudicavano le cause fino a certa somma. Le cause di maggior rilievo, e quelle specialmente che riguardavano l' ordine pubblico, erano portate dinanzi al vicario dell' Imperatore, il quale oltre a ciò era sempre giudice in appello (28).

XI. La condizione delle prefetture era di gran lunga inferiore a quella de' municipii, e delle colonie. Volevano le antiche costumanze de' Romani che quelle città, che dopo qualche sedizione tornassero di bel nuovo soggette al popolo sovrano, fossero in pena costrette a perdere de' loro diritti. Precipuo carico della pace era, che, ridotte a guisa di provincia, rimanessero sotto la dipendenza di un magistrato, che loro si mandava ogni anno da Roma. I prefetti ne' luoghi loro assegnati tenevano luogo di pretori, e per lo più prendevano le norme di giudicare dagli editti del pretore urbano (29). Nulladimeno anche le prefetture avevano il loro senato e i magistrati scelti da esse: per cui la maggior

(28) L. 1. L. 4. Cod. Theodos. de reparat. appell.
(29) Sigon. de antiq. jur. Ital. lib. 2. cap. 21.

differenza tra i municipii e le prefetture era, che in queste in luogo de' duumviri stavano i prefetti (30). Ma sotto l'impero queste differenze vennero poco per volta abolite.

XII. Tanto Odoacre, che Teodorico, i quali primi piantarono in Italia le radici di un regno, avevano troppo interesse per tenersi affezionate le città da loro conquistate, e non vi recarono mutazioni che potessero offendere i costumi de' popoli. Salvo il re che era il capo degli eserciti e del territorio conquistato, e vi esercitava il potere militare, le città ritennero i loro senati e magistrati; e mentre le cariche militari erano per lo più de' Goti, le civili erano per lo più riserbate a' Romani (31). I Greci che successero a' Goti, neppur essi recarono nell' interno governo d' Italia mutamenti notabili, salvo per avventura in qualche luogo la differenza ne' nomi de' pubblici maestrati.

XIII. Ma i Longobardi non seguirono lo stesso esempio. Il dominio ch' essi ebbero in Italia fu lungo abbastanza per dar loro il campo di mettervi e lasciarvi le costumanze della loro nazione. È noto che la costituzione de' popoli germanici, al pari di quella de' Romani, conosceva la distinzione de' liberi e de' servi. Fra le persone libere risiedeva la sovranità de' particolari territori, e queste in massa e individual mente avevano l' amministrazione della giustizia (32). La prerogativa della nobiltà che presso le barbare nazioni aveva sempre gran peso,

(30) Savigny, Storia del diritto roman. Vol. I. cap. 2. n. 14.

(31) Savigny, Storia del diritto roman. Vol. 1. cap. 5. n. 404.

(32) Per persone liber e in questo luogo s' intendono quelle che erano capaci di tutti i diritti e dignità, le quali i Romani solevano denotare con l' espressione *caput*, o *civis optimo jure*. I primi popoli germanici, secondo la migliore opinione, solevano denotare le suddette persone col vocabolo *Arimann*. Kluber, de Arimannia comm. 1. et 2. Murat. Antiq. Ital. Disser. 13. Savigny, Storia del diritto rom. Vol. 1. Cap. 4. *Arimannia* significava adunque unione di Arimanni, componenti un distretto, o altre comunità. Significava eziandio dominio pieno al pari del diritto Quiritario de' Romani, e finalmente significava una certa specie di tributo che ogni uomo libero doveva pagare a richiesta del conte per le spese comuni della guerra. Poco per volta questo tributo fu cambiato in imposizione permanente. Nella dissoluzione totale della nazione, cossifatte imposizioni vennero considerate come tante proprietà particolari, e Federico le pose fra i diritti principali delle regalie Savigny, Storia del diritto romano Vol. 1. cap. 4. n. 59. Sotto i Franchi gli Arimanni si distinguevano più specialmente col vocabolo *Rachinbourgs*. In appresso, massime in Italia, dove era più in uso il latino, invece del vocabolo Rachinbourgs si usò piuttosto l' altro di *boni homines*, siccome quello che meglio si accomodava a tal lingua, perocchè *bonus homo* è la traduzione latina di Rachinbourgs, e naturale di Arimann. Savigny, Storia del diritto romano Vol. 1. cap. 4. n. 62.

dava per lo più la presidenza ad un capo, il quale però non aveva voto deliberativo. Quando Alboino, riconosciuto come re della nazione, venne al conquisto d' Italia, trasse con sè gran numero di nobili, i quali, confidando di fissarvi stabile sede, si fecero accompagnare da una moltitudine di schiavi o quasi schiavi che da essi immediatamente dipendevano. Questi, dopo il conquisto, pensarono di assicurare un asilo per sè e pe' loro soggetti. L' esarca Longino che, abolite le alte magistrature de' Romani, aveva nelle città più ragguardevoli mandato un comandante col titolo *di duca* (33), suggerì a' Longobardi il modo di fare lo stesso. Le provincie conquistate vennero partite in altrettante quasi colonie; e i Longobardi vi sottentrarono con lo stesso titolo e con autorità eguale a quella de' duchi che prima stavano a' nome dell' impero. Il regno di Alboino in Italia non durò più di tre anni, e diciotto mesi quello di Clefi suo successore. Da Clefi all' elezione di Autari corsero dieci anni di spazio: durante questo interregno i duchi, massime quelli che erano fuori del centro, ebbero campo di consolidare viemmaggiormente la loro potestà: indi ebbe origine lo splendore, tanto famoso nella storia del medio evo, dei tre duchi di Benevento, del Friuli e di Spoleto, i quali spesse volte con le proprie forze presero a competere coi medesimi re.

XIV. Dopo il conquisto, come è naturale, la costituzione de' Longobardi fu recata in Italia. Sotto questi nuovi padroni l' amministrazione della giustizia era commessa a tutte le persone libere comprese nella giurisdizione, dove nasceva la lite. Il giudizio veniva presieduto da un capo ordinariamente chiamato *giudice* (34) o da un suo luogotenente. Questo magistrato aveva il comando civile e militare, denotava la suprema magistratura e dipendeva immediatamente dal re. È probabile che i Longobardi ritenessero il nome di giudice, anzi che quello di *graff*, prendendone l' esempio dall' esarcato, per meglio significare l' autorità civile: più particolarmente chiamavasi *conte o duca*, e prendeva il nome dal luogo della sua residenza. I duchi si dividevano in maggiori e minori: i maggiori, quali erano quelli di Benevento, del Friuli e di Spoleto, seppero per tempo sottrarsi alla soggezione del re, e formarono una costituzione e legislazione separata da quella del regno (35).

(33) *Dux*
(34) *Judex*
(35) Savigny, Storia del diritto romano Vol. 1. Cap. 4. n. 83.

XV. Sotto Carlo Magno, e suoi successori, il nome di giudice venne meno frequente e fu surrogato in suo luogo quello di *conte*. Il conte aveva la stessa potestà del giudice: convocava le persone libere pel giudizio, e multava quelle che non comparivano. Le multe cedevano in suo vantaggio, e ciò gli scuopriva l' occasione di convocarle più spesso e in numero maggiore del bisognevole. Per togliere questi abusi, i capitolari di Carlo Magno prescrissero che non se ne potessero convocare più di sette (36). Questi furono chiamati *scabini* (37). Ma tale istituzione non impediva che intervenissero al giudizio tutte quelle persone libere che volevano: con essa s' intese solamente di prefiggere un certo determinato numero di persone, le quali si potessero costringere ad intervenire, per esonerarne dall' obbligo le altre. Quindi è che negli antichi documenti si trovano giudizi parte resi da' soli scabini, parte dagli scabini e dalle persone libere, e parte dalle persone libere solamente.

XVI. Da quanto finora abbiamo esposto, abbastanza si rileva essere state da nuovi popoli abolite le alte magistrature de' prefetti, pretori, giuridici, correttori, consolari ed altre, introdotte da' Romani. Il quale cambiamento di cose non solo avvenne in Italia, ma eziandio in tutte quelle nazioni che al pari dell'Italia caddero in potere de' popli germanici. Non è però egualmente fuor di contesa se i Longobardi abbiano nel medesimo tempo abolito il regime de' municipii, il quale sotto i precedenti popoli conquistatori non aveva peranco sofferto alcuna mutazione. Il Sigonio e parecchi altri ritengono l' opinione affermativa, basando la ripristinazione del sistema municipale all' epoca delle repubbliche Italiane. Questa opinione però non regge al confronto della moderna critica. Forse in tal' epoca il dominio de' nuovi padroni, e l' influenza de' loro vicari, aveva posto la condizione delle città in qualche avvilimento, e le rivoluzioni del secolo duodecimo servirono a farle risorgere. Egregiamente osserva il Savigny che se le città Italiane avessero sotto i Longobardi perduto l' idea del regime municipale, non avrebbero potuto in un momento e quasi nello stesso tempo rinnovarlo da per tutto, dopo cinque secoli d' intervallo fra le nuove repubbliche e

(36) L. Salic. emend. T. LII. §. 2. Tit. LX.
(37) Erano *boni homines*, e si chiamavano anche *giudici*.

gli antichi municipii. Il conte era magistrato supremo di ogni città; i magistrati municipali eletti dalle città avevano giurisdizione subordinata a quella del conte (38).

XVII. Ma Roma e quelle città che anticamente componevano l' esarcato, e che a' giorni nostri sono sotto la giurisdizione Pontificia, non caddero in potere de' Longobardi; e sebbene alcuna di esse, come Ravenna residenza degli antichi esarchi, comportasse per qualche tempo la loro presenza, nulladimeno la loro dominazione ebbe corta durata, nè potè gran fatto sovvertirvi gli ordini dapprima stabiliti.

È noto che nell' anno DCCLI. o LII. il sommo Pontefice, che come quasi vicario dell' Imperatore di Oriente signoreggiava il popolo romano, veggendosi stretto di assedio dalle armi de' re Longobardi, ed avendo inutilmente ricorso a Costantino Copronimo, entrò nella risoluzione di chiamare in suo soccorso Pippino di Francia. Pippino che già parecchi obblighi aveva verso il Pontefice, dal quale era stato creato patrizio di Roma, venne difatti in Italia, liberò Roma dall' assedio, e tolto al re longobardo l' esarcato e la pentapoli, ne fece dono al Papa e alla repubblica romana (39). Sono in qualche controvversia gli storici e gli annalisti per decidere che cosa volessero significare le parole di *repubblica* usate nella suddetta donazione: ma la maggior parte inclina nel credere, ch' esse denotassero l' antico impero d' Occidente (40). Certo è pertanto, che sebbene fino da quell' epoca il Pontefice fosse fatto padrone dell' esarcato ad esclusione de' greci Augusti, nulladimeno in Roma e nel suo ducato la supremazìa venne ritenuta più dai re Franchi, che da lui (41).

XVIII. Nel secolo VIII. seguì la famosa coronazione di Carlo Magno, il quale dal Papa, dal senato e dal popolo, fu gridato imperatore de' Romani. D' allora in poi i re Franchi, lasciato il nome di patrizi, assunsero quello d' imperatori, e questo dava loro una su-

(38) I magistrati municipali chiamavasi *centenarii* e venivano eletti da buoni uomini, surrogati agli antichi Decurioni. Il *centenario*, o *tuningius* faceva le veci degli antichi duumviri. Savigny, Storia del diritto romano vol. 1, cap. 5. n. 87. La sua giurisdizione abbracciava gli affari civili de' Romani, e i piccoli delitti commessi dalle classi inferiori della società. Gli affari capitali, e i delitti commessi da nobili romani, venivano giudicati coll' intervento del magistrato. Per distinguere il magistrato supremo da' magistrati municipali, il primo chiamavasi giudice pubblico e gli altri giudici privati o minori.

(39) Murat. an. 754.

(40) Murat. antiq. Ital. Diss. 18. Savigny, Storia del diritto romano vol. 1. cap. 5.

(41) Murat. anno 800. Veggasi quello che abbiamo detto nel principio del Tit. XII. n. 1. del lib. I. Dig.

periorità di onore sopra i re cristiani di Spagna, di Francia, di Borgogna e d' Italia. Il nuovo titolo di Carlo non potè a meno di offendere gravemente la corte di Costantinopoli, la quale in tal modo si vidde spogliata d' ogni reliquia di dominio in Roma. Il Papa ed il nuovo imperatore la governarono a vicenda. Ma siccome gl' imperatori si ritrovavano la maggior parte assenti o lontani, così fino da que' tempi i Papi si fecero signori temporali di quella città e del suo ducato, sebbene in sostanza avessero allora una potestà subordinata all' alto dominio degli Augusti (42).

XIX. La coronazione di Carlo Magno fatta dal Papa, dal senato e dal popolo, ci fa conoscere che tuttavia esisteva in Roma popolo e senato. Il senato però non era che un' ombra di quello che sussisteva a' tempi di Tiberio, e de' suoi successori, spoglio di quasi tutti i suoi privilegi e poteri (43). Dopo il senato era il collegio de' consoli, il quale aveva l' amministrazione municipale. La città era divisa in parecchi quartieri, ciascuno de' quali aveva un giudice ordinario, chiamato consolare, dativo o giudice consolare (44), scelto fra' consoli, eletto dall' imperatore e poscia dal Papa (45). Siccome i consoli eletti a giudici nei propri quartieri non erano sufficienti all' amministrazione della giustizia nell' estensione del loro distretto, si eleggevano, ad arbitrio de' consoli, altri giudici; questi, ad imitazione degli antichi costumi, si chiamavano *pedanei*. I giudici pedanei non avevano giurisdizione propria, ma delegata (46).

La costituzione di Costantino, la quale aveva per base la divisione del potere civile dal militare, come ne' rimanenti luoghi d' Italia, era stata abbracciata anche in Roma e nel suo ducato. Il comando militare veniva affidato a un duce, duca o comandante (47). Seguendo l' esempio de' conti introdotti da' re Longobardi, e più specialmente da'

(42) MURAT. an. 800.

(43) Poco dopo la metà del sesto secolo il senato di Roma fu oppresso da Teja, ma venne poscia ripristinato verso la metà del secolo XII. Giova osservare che il senato di Roma, sebbene ora più, ora meno spogliato de' suoi diritti, non fu mai abolito. Veggansi gli Autori citati nel tit. IX. not. ult. lib. I. Dig.

(44) *Consularis, dativus, judex consularis.*

(45) Eranvi anche altri giudici, chiamati *Palatini*: Essi però non avevano alcun potere giudiziario. Il loro titolo di giudici li qualificava per grandi dignitari Ecclesiastici, ed avevano cariche puramente amministrative MABILLON, Mastam Italic. Tom. 2. par. 570.

(46) Veggasi un GIOVANNI DIACONO liber de Ecclesia Lateranens. ad Alexandr. III. Pontif. in MABILLON. loc. cit.

(47) *Dux, o Magister militum*

Franchi, i duchi avevano spesse volte il primo posto nelle città annesse al ducato o all' esarcato da loro presiedute (48). Subordinato al duca era un tribuno, carica meramente militare, la quale cessò di esistere dopo il sesto secolo (49).

L' organizzazione amministrativa e giudiziaria dell' esarcato era la stessa di Roma. Le città avevano perduto gran parte di quei diritti e privilegi che godevano sotto la repubblica e sotto l' impero. Il regime municipale, che sopra tutto si distingueva nell' avere la libera elezione de' propri magistrati, era venuto meno. I giudici non venivano più scelti fra i decurioni; ma si eleggevano dal pontefice, il quale puniva quelli che non volevano riconoscere la sua giurisdizione. Per questo motivo i giudici venivano appellati anche *dativi*: avevano giurisdizione ordinaria, e venivano dopo il messo imperiale (50) o il vescovo. L' unico privilegio rimasto a' municipii era quello di potersi creare un magistrato scelto dal numero de' suoi concittadini, cui davasi il nome di *padre della città* (51). Tuttavolta questo magistrato non aveva alcuna giurisdizione, e la sua medesima elezione da guari tempo aveva bisogno della conferma (52).

Questi giudici dativi durarono nelle città dell' esarcato, qual più qual meno, sino al secolo XII. nella qual' epoca, a imitazione delle città lombarde, comparvero nuovamente i consoli, e poscia i podestà (53).

XX. Le ragioni da noi altrove allegate avevano indebolito in Italia il potere de' principi, e cresciuta l' insolenza de' loro vicari (54). I Tedeschi, spesso travagliati ne' propri paesi per consolidare i loro diritti, non potevano occuparsi delle cose di qua da' monti, e pareva che ad altro non pensassero, se non a trarne denaro pe' bisogni della guerra. Quelle città che per la propria posizione e commercio si trovavano al caso di poter contentare la loro ingordigia, ne riportavano in compenso privilegi, e furono le prime a porsi in forma di stati liberi senza punto curarsi degl' imperatori e de' loro vicari (55). Le continue discordie fra l' impero e la Chiesa fornivano un pretesto abba-

(48) Veggansi Fantuzzi, II. 123. Murat. antiq. Ital. 133. Savigny, Storia del diritto rom. vol. 1. cap. 5. n. 115.

(49) Savigny, loc. cit. in fin.

(50) *Missus Imperialis.*

(51) *Pater civitatis.*

(52) Nov. 74. o 124.

(53) Fantuzzi, T. III. pref pag. 15. Savigny, Storia del diritto rom. vol. 1. c. 5. n. 113. in fin.

(54) Veggasi quello che abbiamo detto nel princ. del tit. I. n. 8. lib. II. Istit.

(55) Arnulf. Hystor. Mediolan. lib. III. cap. 6. Rer. Ital. Script. T. 4. p. 22. 23.

bastanza specioso per negare obbedienza. I principi, per non tirarsi addosso maggiormente lo sdegno de' Pontefici, i quali a più potere favorivano le città che si accostavano al partito Ecclesiastico, si trovavano nella necessità di concedere loro que' diritti che si erano di propria autorità usurpati. Le città rimaste devote al partito dell' impero ebbero per conseguenza a ottenere altrettanto; perocchè in caso diverso i popoli fedeli sarebbero stati in condizione peggiore de' ribelli (56). Sul principio del secolo XII. la libertà de' municipii si spandeva per tutta Italia.

XXI. Le nuove repubbliche presero forma di commune. Il comune veniva rappresentato da un consiglio generale. Questo era composto di un certo numero di deputati. Negli affari straordinari i cittadini deliberavano in massa. Il consiglio aveva la potestà legislativa : il potere giudiziario, il comando militare, l'amministrazione della città e la giurisdizione, risiedeva ne' consoli. I magistrati, compresi i consoli, venivano eletti dalla città (57). Ma dopo la famosa dieta di Roncaglia, le reubbliche vennero spogliate di tutti i diritti di sovranità, lasciati loro soltanto quelli che erano forniti di qualche titolo (58).

XXII. Fra le convenzioni di quella dieta fu stabilito che l'elezione de' magistrati appartenesse all' imperatore, e che il popolo non dovesse, che prestarvi il consenso (59). I Milanesi però, gelosi de' loro diritti, cacciarono i deputati dell' imperatore venuti appositamente per l'elezione. L' insubordinazione cagionò nuove guerre. Federico, soggiogata Milano, stimossi padrone di tutta Lombardia, e vi mandò a governarla suoi vicari col nome di podestà. Ma le città d' Italia che si erano di già accostumate al governo libero, comportarono assai malamente il dominio assoluto di Barbarossa (60). Dispersero i suoi vicari; riunitesi in una confederazione assai considerevole, sostennero una ferocissima guerra, la quale terminò con la sconfitta dell' imperatore.

Il trattato di Costanza, seguito dopo la rotta di Legnano, chiarì l'indipendenza delle città italiane, riconobbe per validi anche tutti quei diritti che erano basati sulla semplice consuetudine, e mantenne l' elezione de' consoli, riserbato all' imperatore solo il diritto d' investir-

(26) Denina, Rivol. d' Ital. lib. 1. cap. 1.

(57) Otto Frising. lib. 2. cap. 13. Oltre il consiglio generale, eravi anche un consiglio speciale per gli affari correnti, e chiamavasi *credenza*.

(58) Radevic. lib. 2. cap. 5.

(59) Radevic. lib. 2. cap. 6.

(60) Murat. anno 1160.

li (61). Ma in quella stessa maniera che a Roma la potestà de' consoli venne diminuita con la creazione de' pretori, così venne diminuita nelle nuove repubbliche Italiane con la creazione di altri magistrati. I primi ritennero il comando civile e militare; erano capi supremi del senato e dell' amministrazione, e si chiamavano *consoli del comune* (62), i secondi avevano giurisdizione incerta, la quale variava secondo i tempi e i luoghi, e si appellavano *consoli di giustizia* (63). Poco appresso i consoli vennero aboliti, e furono invece loro surrogati altri magistrati con uguale potere chiamati *podestà*, a simiglianza di quelli che introdusse Federico.

Il comune era formato dalla nobiltà e dal popolo. Le continue dissensioni fra questi due membri dello stato, fecero all' ultimo trovare un mezzo per accrescere il suo potere, e preponderare al primo. I plebei si unirono in corporazioni. Corporazioni avevano tutte le arti e mestieri, non escluso quello del beccaio; deputavasi ad esse un capo col nome di rettore delle società (64); le medesime avevano i loro magistrati e i loro statuti. In appresso fu stabilito che i capi delle corporazioni, come rappresentanti del popolo, dovessero prendere parte in tutte le deliberazioni del grande e del piccolo consiglio, e avessero membri chiamati *anziani*. Gli anziani, dopo le ultime riforme, si dovevano rifare di tre mesi in tre mesi ordinatamente da ogni corporazione (65).

XXIII. Ma quelle stesse ragioni che cagionarono la decadenza dell' antica repubblica romana, cioè l' odio inveterato fra nobili e popolo, cagionarono altresì la ruina della indipendenza de' nuovi stati liberi. Il popolo però, mediante l' istituto delle sue corporazioni e de' suoi capitani, aveva nelle nuove repubbliche una preponderanza che per certo non aveva l' antica plebe di Roma co' suoi tribuni. Coteste dissenzioni, fatte ognora più gravi da' partiti dominanti fra l'impero e la chiesa, scopersero l' occasione ai cittadini o magistrati più accorti di trarre a sè soli il potere supremo, come nell' antica repubblica occorse a Silla, a Cesare ed a' Triumviri. Come vedremo in appresso, fino dal principio del quartodecimo secolo, ossia da due secoli dopo il famoso trattato di Costanza, gli antichi comuni furono di gran lunga sovvertiti, e la maggior parte delle repubbliche soggiacevano al dominio di un tiranno.

(61) Veggasi il trattato della suddetta pace collocato in fine del corpo del diritto.

(62) *Consules Communis*.

(63) *Consules justitiae*.

(64) *Rector Societatum*. Savioli annal. Bolognes. II. pag. 198. Eranvi anche altre corporazioni armate, le quali chiamavansi società delle armi.

(65) Savioli, annal. Bolognes. III. l. p. 188. 190.

XXIV. I podestà ch' erano sul principio magistrati supremi, venivano per lo più eletti dal partito prevalente. Questi, invece di procurare il vantaggio comune, ponevano ogni studio nel favorire il partito che li aveva creati, e nell' opprimere il contrario. Siccome in questo stato di cose il podestà non era che mero stromento della volontà della parte che l' aveva eletto, facilmente ne seguiva che il regime politico stava più nelle mani di quella parte, che non in quelle del magistrato. Per il che l' officio del podestà si restringeva unicamente a render ragione nelle cause private, senza alcuna o poca ingerenza nel governo. Le comunità, fatte capaci de' propri mali, entrarono nel divisamento di darsi alla protezione di qualche potente, il quale, unendo le proprie forze con quelle del comune di cui era eletto a capo, valesse a reprimere le sedizioni nell' interno, e a sostenere le guerre contro i nemici esteriori. Lo spediente di cercare un protettore fa sempre conoscere la debolezza di chi lo pone in opera; in teoria avrà forse qualche cosa di buono; ma in pratica fu sempre pessimo. Si vorrebbe che quel potente, il quale assume la difesa di una città o di un popolo, avesse gran dose di modestia, per non procacciarsi un compenso della sua protezione da chi non ha forza bastante per contrastarglielo. In questo modo fu totalmente rovinata la libertà delle repubbliche. I protettori, cui per coseguenza del loro officio veniva concessa la balìa, ossia il supremo dominio de' comuni, ben presto si arrogarono ogni potere sul potestà, e studiarono di rendere assoluto quel dominio che prima avevano conseguito sotto certi obblighi e condizioni. In tal modo Eccellino da Romano, traendo partito dalle discordie de' Capuleti e Montecchi, ebbe la signorìa di Verona. Per vecchia usanza di guerra, della quale si scontrano molti esempi anche fra gli antichi Romani, si voleva a' que' tempi che le città soggiogate fossero costrette a ricevere in podestà quella persona che fosse nominata dal comune vincitore. Epperò Eccellino, oltre la signorìa di Verona, ottenne in appresso quella di Vicenza, di Padova, di Belluno, di Monselice e di altre terre. Nello stesso tempo Alberico da Romano, suo fratello, era signore di Trevigi: Oberto Pelavicino di Piacenza e Cremona: Martino della Torre, di Milano; e Buoso, di Brescia. Quello che meglio concorse a rendere peggiore lo stato de' comuni fu che il signore, cui si dava la suddetta balìa, soleva per lo più riserbarsi fra le condizioni della sua protezione di mettere un podestà a sua scelta ne' luoghi resi soggetti, e spesso nel comune medesimo, nel quale era capo. E sebbene così fatta condizione non potesse per certo piacere a un popolo che si chiamava libero, ciò non dimeno essi non ristavano all' occasione di far uso

della loro superiorità. Questa carica veniva per lo più da loro affidata a proprie creature, o a quelli della propria famiglia. Como, Novara, Lodi, Cremona e Vercelli, ebbero in podestà molti di casa della Torre, e poscia de' Visconti: in cotal guisa tutta l'amministrazione della giustizia e del governo politico veniva a rimettersi nelle mani del capo protettore (66).

XXV. Questo stato di cose che con grave danno della libertà de' comuni, seguiva nel secolo XIII. non fece che maggiormente radicarsi nel secolo XIV. Le intestine fazioni avevano bensì cambiato i tiranni, ma non spenta la tirannìa. Sorgevano in quest' epoca potentissimi i Visconti in Milano, i signori della Scala in Verona, i Carrari in Padova, i Gonzaghi in Mantova, i Bentivoglio in Bologna, gli Estensi in Ferrara; e ciascuno di essi, per tacere di altri parecchi, avevano comando e signorìa sopra altre città. Que' luoghi medesimi che ora formano gran parte dello Stato Pontificio, erano parimenti divisi in tante piccole e separate repubbliche, ciascuna delle quali aveva a capo un tiranno. Tacendo di Bologna e Ferrara, obbediva Rimini a' Malatesti, Forlì agli Ordelaffi, Imola e Faenza agli Alidosi, Perugia a' Manfredi, Ravenna a que' di Polenta, e spesso Ancona agli Sforza. Gli Stati di Urbino, e Piombino s'erano quasi ridotti a principati ereditari e indipendenti (67).

XXVI. Lasciando alla storia una più minuta esposizione delle rivoluzioni che lacerarono queste contrade ne' secoli successivi, per quanto porta il nostro istituto, ci ristringiamo per ora a porre per massima generale, che le cose d' Italia cominciarono a cambiar di aspetto, e porsi in quello stato che tuttavia si trovavano prima della rivoluzione di Francia, sul finire del secolo XV. e nell' entrare del XVI. A' Visconti di Milano erano succeduti gli Sforza. Sebbene quel ducato fosse stremato d' assai da quell' estensione di dominio che aveva all' epoca de' Visconti, nulladimeno le città sottratte al dominio de' duchi non riacquistarono per questo la libertà, ma parte caddero nella giurisdizione de' Veneziani, e parte in quella de' duchi di Savoia. I Veneziani

(66) Denina, Rivol. d' Ital. lib. 13. cap. 7.

(67) Gian Galeazzo Visconti, Duca di Milano, morto sul principio del secolo XV. lasciò per testamento Milano, Cremona, Como, Lodi, Piacenza, Parma, Reggio, Bergamo, Brescia, Siena, Perugia e Bologna, a Pier Maria suo figlio primogenito; Pavia, Novara, Vercelli, Tortona, Alessandria, Verona, Vicenza, Feltro, Belluno, Bassano e la riviera di Trento, a Filippo Maria secondogenito; Pisa, Crema, la Lunigiana e Sarzana, a Gabriello suo bastardo legittimato. Murat. anno 1402. Da questo si può raccogliere quanto fosse grande la potenza de' principi Italiani nel secolo XV. e quanto depressa la condizione delle repubbliche.

trovavansi a quell' epoca già possessori di tutte quelle città che erano soggette alla repubblica prima della rivoluzione di Francia, cioè di Padova, di Vicenza, di Verona, di Bergamo e di Brescia. I duchi di Savoia avevano esteso i confini fino al fiume Sesia. La Toscana era più che la metà a quella estensione di dominio che conserva tuttora. Non ostante la potenza e l' autorità de' baroni feudatari, Napoli s' andava meglio acconciando sotto l' autorità del capo sovrano. Lucca rimaneva indipendente. Genova abbracciava nel suo stato le città dell' una e l' altra riviera. Modena e Reggio si trovavano annesse al ducato di Ferrara. La Santa Sede per l' attività di Giulio II. aveva ricovrato Bologna da' Bentivoglio e le città dello Stato Ecclesiastico, precedentemente cadute in potere de' Veneziani. Parma e Piacenza furono per la prima volta infeudate e ridotte a ducato da Paolo III. La calata in Italia di Carlo V. avvenuta nello stesso secolo XVI. spense la repubblica di Firenze. Si annullarono poco appresso il ducato di Milano, e il marchesato di Monferrato: dopo varie contese fra gli emuli imperatori di Francia e di Spagna, gran parte delle provincie italiane caddero sotto la giurisdizione degli Spagnoli; ma dietro il famoso trattato d' Utrecht, nel principio del secolo XVIII. confermato a Rastad, gli Spagnuoli, subbentrati gli Austriaci, perdettero di ragione e di fatto ogni titolo di signoria che per centocinquant' anni ebbero in Milano ed altre città d' Italia.

XXVII. Seguita la pace di Rastad, l' Italia, dell' antico impero parte nobilissima, si trovò sperperata in tante separate dinastìe, ognuna delle quali ebbe giurisdizione, sovrani, leggi, magistrati ed ordinamenti diversi. Questa nuova divisione che per le pretensioni di vari principi d' Europa fu cagione di qualche guerra verso la metà del secolo XVIII. ebbe in appresso forma più stabile e regolare dopo il congresso di Aquisgrana, pel quale le città italiane, salvo i cambiamenti recati dalla rivoluzione di Francia, vennero sottoposte alla dominazione de' principi, in quella stessa estensione di territorio che tuttavia si vede a' giorni nostri. Sembra che d' allora in poi i popoli italiani abbiano totalmente cessato di appartenere a una medesima nazione.

XXVIII. La rivoluzione di Francia, scoppiata verso il finire del secolo passato, fu come una tempesta che rovinò sopra tutta l' Europa. Una nuova monarchìa nascosta sotto vesti democratiche lusingava a' popoli la restaurazione delle antiche repubbliche. I novelli cittadini con le mani tuttavìa lordate del sangue di un re, valicavano le alpi, cacciavano i sovrani legittimi, s' impadronivano de' troni, gli

ordini precedenti sovvertivano. L' organizzazione delle provincie fu totalmente cambiata. Comparvero nuovamente i consoli e i prefetti. I figli della libertà uccisero la madre sul nascere. A' consoli fu surrogato un sovrano, alla repubblica un impero e un regno. Ma quella meteora che, sorta improvvisa ad abbagliare il mondo, era stata cagione di tante mutazioni, scolorì fra le nevi della Russia e scomparve in un'isola. Mirabile contraddizione! A quella stessa meteora rosseggiante di una libertà sanguinosa dovettero Venezia e Genova la perdita della propria. Il rimanente d' Italia, salvo qualche limitazione, tornava all' ordine primiero. Tra le acclamazioni de' loro sudditi, i reduci principi prendevano nuovamente il reggimento de' loro stati. Si voleva però che il governo politico, le leggi, i magistrati e l'organizzazione giudiziaria, fosse adattata al nuovo ordine di cose, e stesse in bilancio tra' costumi che vigevano prima dell' invasione, e i cambiamenti che dalla medesima furono introdotti. Ciascun Sovrano ne' suoi dominii si occupò di riforme, per ricondurre tra' suoi sudditi la tranquillità e l' ordine pubblico: le città e le provincie ebbero una nuova organizzazione governativa: i tribunali una nuova organizzazione giudiziaria.

XXIX. Lo zelo, l' attività e le paterne cure dell' immortale Pio VII. nulla posero dall' un de' lati per assicurare a' suoi sudditi un governo di prosperità e di concordia. Ma le circostanze de' tempi non permettevano allora di dare allo stato una perfetta uniformità di azione. Le provincie di seconda ricupera ebbero per qualche tempo un'organizzazione provvisoria, la quale, per dir così, le separava dal resto de' dominii Pontificii. Ma sotto i susseguenti Pontefici, e specialmente sotto l' augusto attuale Regnante, questa disuguaglianza fu tolta, e tutte le provincie dello stato ebbero ordinamenti stabili ed uniformi.

Lo Stato Ecclesiastico è diviso in provincie, e le provincie sono suddivise in governi. I presidi delle provincie hanno il nome e gli onori di legato o delegato secondo che la persona, cui ne viene affidato il reggimento abbia, o no, la dignità cardinalizia. I rettori de' governi hanno indistintamente il titolo di governatori. Come altrove osservammo, i primi, specialmente nelle materie civili, non hanno alcuna ingerenza nel potere giudiziario (68). I secondi esercitano tanto il potere giudiziario che l' amministrazione e la polizia. Nel primo hanno giurisdizione propria e non dipendono dal preside: nel resto, salvo i

(68) Motu proprio di Leone XII. 21. Dicembre 1827, art. 31.

casi d' urgenza, dipendono interamente da lui (69). La nomina di tutti spetta al Sovrano (70). L' odierno assetto giudiziario nelle provincie è ordinato in questa forma. Nei tre gradi ordinari di giurisdizione, i governatori (che malamente ed impropriamente vengono da alcuni uguagliati agli antichi pedanei) al pari degli antichi magistrati municipali hanno competenza limitata a certe cause e fino a certa somma (71). L'appello dalle loro sentenze si porta in seconda istanza al tribunale civile residente nel capo luogo della provincia (72), e in ultima provocazione al tribunale d'appello residente a Bologna o a Macerata (73) secondo la rispettiva giurisdizione. I podestà sono aboliti (74).

I tribunali civili subbentrati, quanto al giudiziario, all' antica autorità del vicario imperiale, giudicano in prima istanza le cause di maggior rilievo (75). L' appello dalle loro sentenze, secondo la distinzione sopra accennata, si porta in secondo grado al tribunale d' appello residente in Bologna o Macerata (76), e in terzo grado al Sacro Uditorio (77).

L' appello dalle sentenze nelle cause non maggiori di cinquecento scudi proferite in primo grado da' tribunali civili di Perugia, di Foligno, di Spoleto, di Norcia, di Rieti, di Viterbo, di Orvieto, di Civitavecchia, di Velletri, di Frosinone e di Benevento, si porta in secondo grado ad uno dei due turni della Congregazione civile dell' A. C. (78), e in terzo grado all' altro turno (79). Se la causa oltrepassa il suddetto valore, l' appello in secondo grado è devoluto al Sacro Uditorio (80) e in terzo grado a un altro turno del medesimo (81).

La giurisdizione attribuita a' Governatori viene in Roma esercitata singolarmente dai due Collaterali e dall' Uditore del Senatore (82), e da ciascuno degli Assessori dell' A. C. (83). L' appello dalle sentenze de'

(69) Editto 5. Luglio 1831. Tit. I. art. 14. Editto 17. Dicembre 1834. art. 105.
(70) Veggasi quello che abbiamo detto nel principio del Tit. XVIII. lib. I. Dig.
(71) Regol. giud. 10. Novembre 1834. Part. II. Tit. II. Sezione 1. per tot.
(72) Detto Regol. giud. art. 292.
(73) Detto Regol. art. 304. junct. art. 302.
(74) Detto Regol. art. 276. 280.
(75) Detto Regol. art. 291.
(76) Detto Regol. art. 303. junct. art. 302.
(77) Detto Regol. art. 323.
(78) Detto Regol. art. 318.
(79) Detto Regol. art. 319.
(80) Detto Regol. art. 322.
(81) Detto Regol. art. 323.
(82) Detto Regol. art. 307.
(83) Detto Regol. art. 313.

primi si porta allo stesso tribunale collegiale del Senatore (84); e l'appello de' secondi si porta ad uno de' due turni della congregazione civile dell'A. C. (85). L'appello dalle sentenze de' primi e de' secondi si porta in ultimo grado all'altro turno della suddetta congregazione (86).

Le cause di competenza de' tribunali di provincia sono in Roma di giurisdizione del tribunale collegiale del Senatore (87), e di ciascuno de' turni della congregazione civile dell' A. C. (88): l' appello dalle loro sentenze in secondo grado si porta all' altro turno della suddetta congregazione (89), e in terzo grado alla sacra Ruota (90). Se però il valore della causa supera il valore di scudi cinquecento romani, l'appello in secondo grado si porta al Sacro Uditorio (91), e in terzo grado a un altro turno del medesimo (92).

Il suddetto ordinamento giudiziario nelle materie civili non deroga punto a quella giurisdizione che nello Stato Pontificio è propria de' tribunali Ecclesiastici, sia per ragione di materia che per ragione di persone; come pure non deroga a quella competenza, che nell' odierno stato di cose è per eccezione attribuita a' tribunali di commercio (93).

La giustizia criminale si amministra nelle provincie da que' medesimi giudici che decidono le cause civili (94), il che conviene con l'antico assetto giudiziario de' Romani. Nelle cause di questo genere non vi sono che due gradi ordinari di giurisdizione pe' delitti minori e per tutti quelli che importano pena capitale: per gli altri delitti non vi è che un solo grado (95). Chiamansi delitti minori quelli che si puniscono con pene pecuniarie, o con pene afflittive non eccedenti un anno di opera; gli altri sono maggiori (96).

I Governatori, gli Assessori, e ne' capi luoghi di Legazione i giusdicenti criminali, esercitano la giurisdizione in primo grado sopra i

(84) Detto Regol. art. 309.
(85) Detto Regol. art. 318.
(86) Detto Regol. art. 319.
(87) Detto Regol. art. 309.
(89) Detto Regol. art. 317.
(89) Detto Regol. art. 318.
(90) Detto Regol. art. 323.
(91) Detto Regol. art. 322.
(92) Detto Regol. art. 323.
(93) Quanto alle cause risguardanti il pubblico erario, veggasi quello che abbiamo detto nel Tit. XIII. di questo libro.
(94) Regolamento Organ. di proced. crim. 5. Novembre, 1831. art. 20.
(95) Detto Regol. Organ. art. 13.
(96) Detto Regol. Organ. art. 13. 14.

... minori (97). L'appello dalle loro sentenze si porta in ultimo grado a' tribunali civili delle provincie (98). Siccome questi magistrati hanno giurisdizione limitata a semplici pene pecuniarie o afflittive non eccedenti un anno di opera, appare chiarissimo che, a' termini del diritto comune, non hanno il mero impero.

I tribunali residenti ne' capo luoghi hanno giurisdizione sopra tutte le altre cause concernenti i delitti maggiori. Se si tratta di pene capitali, sono giudici in primo grado, e l'appello dalle loro sentenze si reca ai tribunali di ultima provocazione (99): se si tratta di altre pene sono giudici inappellabili (100). La facoltà di questi tribunali si estende a pronunciare sentenza di morte e di galera perpetua; e perciò, secondo l'organizzazione giudiziaria del diritto romano, sono rivestiti di mero impero (101).

Nelle cause concernenti i delitti di qualunque specie, tanto maggiori che minori commessi nella città di Roma, la giurisdizione è attribuita al tribunale del Governo cumulativamente a quello dell' A. C., del Senatore, o di Campidoglio. Se si tratti di delitti minori, le cause vengono conosciute e decise singolarmente da uno de' luogotenenti delegato da' rispettivi capi o presidi (102). L'appello dalle sentenze del giudice delegato si porta alla rispettiva congregazione, cui presiede il delegante (103). Se si tratti di delitti maggiori, giudicano gli stessi tribunali in forma di congregazione (104), e l'appello dalle loro sentenze che condannano a pena capitale, si porta alla S. Consulta (105).

(97) Detto Regol. Organ. art. 27.
(98) Detto Regol. Org. art. 29.
(99) Detto Regol. Organ. art. 28. 31.
(100) Detto Regol. Organ. art. 28.
(101) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 1. Tit. XX. di questo libro.
(102) Detto Regol. Organ. d. art. 35.
(103) Detto Regol. Organ. art. 86. Ne' delitti commessi nella Comarca di Roma la giurisdizione è attribuita a' Governatori, e l'appello dalle loro sentenze si porta in Roma al tribunale del governo. Detto Regol. Organ. art. 33. 34.
(104) Nulladimeno tanto il Governatore di Roma, che l'Uditore della camera e il Senatore, possono delegare le proprie funzioni ad uno de' loro prelati assessori, luogotenenti e collaterali. Detto Regol. Organ. art. 38. 39. 40.
(105) Detto Regol. Organ. art. 43. In aggiunta a quanto abbiamo detto nel Titolo XI. del primo libro, osservo che nell' antica Roma, dopo costituito l'impero, la cognizione dei delitti era specialmente commessa al prefetto della città e al prefetto del pretorio; quest' ultimo formava una curia di ultima provocazione; e perciò non dubito che, quanto al ramo criminale, possa oggigiorno trovare un paragone nel suddetto tribunale della S. Consulta.

Sopra i delitti commessi dai famigliari descritti nel rollo di palazzo, e direttamente inservienti al medesimo e stipendiati, come pure ne' delitti commessi da qualsivoglia persona, tanto laica che ecclesiastica o regolare, dentro i palazzi di Roma e fuori di Roma, la giurisdizione è attribuita al Prefetto de' Sacri palazzi Apostolici. Questo tribunale esercita la giurisdizione anche sopra i laici di Castel Gandolfo e suo territorio (106). Se si tratta di delitti maggiori, giudica lo stesso tribunale in forma di congregazione (107); e l' appello dalle sue sentenze importanti pena capitale si porta al suddetto tribunale della S. Consulta (108). Se si tratta di delitti minori, le cause vengono giudicate e decise da un giudice delegato, e l' appello dalle sue sentenze si porta alla congregazione, cui presiede il delegante (109).

Ciascuno de' turni della S. Consulta, oltre la sua giurisdizione come tribunale di appello per tutte le cause giudicate dai suddetti tribunali, è parimenti tribunale di appello per le sentenze proferite dai tribunali delle provincie o Delegazioni di Perugia, di Rieti, di Viterbo, di Orvieto, di Civitavecchia, di Frosinone e di Benevento (110).

XXX. Esposto in tal modo l' odierno assetto giudiziario, faremo parola dell' odierno assetto municipale. Osservammo che a' tempi della repubblica i municipii erano a parte della sovranità, formavano leggi, avevano giudici propri, e ritenevano l' amministrazione assoluta di tutti gli affari, senz' avere da Roma alcuna dipendenza. Dopo l' impero, i loro diritti vennero meno; i magistrati diventarono giudici di prima istanza, riserbato l' appello al vicario imperiale. Questo cambiamento di cose non tolse loro le principali prerogative dell' assetto municipale, quali erano quelle di avere l' amministrazione libera di tutti gli affari, la presidenza al senato, e giudici cittadini. Ma dopo le tante vicende succedutesi in Italia da' tempi di Adriano sino a' giorni nostri; dopo che le città furono ridotte a provincia; fu giuocoforza che tutto cambiasse. Se per avventura gli odierni comuni possono trovare qualche paragone con le antiche città italiane, salvo sempre non lievi modifi-

(106) Detto Regol. Organ. art. 37. Tuttavia il Governatore di Castel Gandolfo ne' delitti minori ha le stesse facoltà de' Governatori di provincia. D. Reg. Org. art. 37.

(107) Monsignor Maggiordomo può nulladimeno delegare le sue funzioni, anche pe' soli interrogatorj, al suo Uditore criminale.

(108) Detto Regol. Organ. art. 43.

(109) Detto Regol. Organ. art. 37. junct. art. 36.

(110) Detto Regol. Organ. art. 43. Quanto alla giurisdizione de' giudici e tribunali nelle cause di contravvenzioni o frodi a danno dell' erario, veggasi quello che abbiamo detto nel Titolo XIII. n. 9. del primo libro, Dig.

cazioni, sarei di avviso che potessero assimigliarsi alle antiche prefetture della repubblica, le quali avevano il regime municipale, senza l' elezione de' loro magistrati giudici.

Ogni comunità conserva il suo consiglio e i suoi magistrati. Il consiglio, anticamente *curia o senato*, è composto di più o meno consiglieri, anticamente *decurioni*, secondo il numero degli abitanti (111), e con la differenza de' ceti (112). L' elezione de' membri del consiglio vien fatta dallo stesso consiglio; ma ha bisogno della conferma del preside (113).

Il Gonfaloniere anticamente *duumvir*, e piuttosto paragonabile al *pater civitatis* introdotto ne' tempi posteriori, è capo del comune; ma è spoglio di ogni giurisdizione. La sua presidenza in consiglio viene dopo quella del governatore locale, il quale presiede all' adunanza con voto (114). La di lui elezione si fa in consiglio, ma al pari di quella de' consiglieri, ha bisogno anch' essa della conferma. Il suo ufficio consiste nell' esercitare, unitamente agli anziani, tutte le funzioni amministrative e rappresentative della comunità (115). Ma essendo legge che in ogni anno debba farsi il preventivo per regolare le spese e l' introito dell' anno seguente, il quale dee riportare l' approvazione del consiglio, e poscia la conferma del preside nella congregazione governativa (116): e, d' altronde, considerando che la medesima legge obbliga il Gonfaloniere al rendiconto annuale della sua amministrazione; e questa, non ostante l' approvazione consigliare, dee riportare l' approvazione finale della suddetta congregazione governativa, presieduta dal rettore della provincia; risulta che oggigiorno l' autorità de' magistrati municipali, compresa anche quella de' consigli, nulla ha di comune con quella degli antichi municipii, duumviri e decurioni.

Da tutto quello che sinora abbiamo esposto si può facilmente raccogliere qual differenza corra tra la giurisdizione degli antichi e quel-

(111) Editto del 5. Luglio, 1831. Tit. II. art. 1.

(112) Detto Editto, art. 7.

(113) Detto Editto, art. 4.

(114) Editto 21. Luglio, 1831. art. 4. Gli odierni governatori, sotto la dipendenza del preside, hanno l' amministrazione e la polizia della città; godono della presidenza ne' consigli, e sino a certa somma sono giudici di prima istanza. Queste prerogative erano pressocchè le medesime che anticamente competevano a' magistrati municipali. Sembra adunque che nell' attuale ordinamento di cose agli antichi duumviri e difensori sieno surrogati questi giudici singolari.

(115) Detto Editto 5. Luglio 1831. art. 13.

(116) Dicasi lo stesso delle tasse e sovrimposte. Detto Editto, art. 20.

le de' moderni. Dalla qual differenza si potrà con uguale facilità argomentare che non possono su questa materia convenire a piccoli stati quelle grandiose massime di diritto che furono fatte per un vasto impero; e che spesse volte potrebbe sapere dell' assurdo l' applicare agli odierni magistrati, tanto municipali che giudiciari, quelle disposizioni che furono fatte per magistrati rivestiti di un' autorità, di un potere e di una giurisdizione di gran lunga diversa.

L. Jus dicentis, 1.

SOMMARIO

Differenza fra' magistrati e giudici oggigiorno abrogata.

In Roma erano distinti gli uffici del magistrato da quelli del giudice. Il magistrato aveva giurisdizione, il giudice nozione solamente. Gli atti che si facevano dinanzi al primo, dicevansi fatti *in jure*; gli atti fatti dinanzi al secondo dicevansi fatti *in judicio* (117). Quelli conoscevano del diritto, udivano le azioni, le eccezioni, le repliche, e, contestata la lite, davano il giudice: questi conoscevano del fatto e pronunciavano la sentenza secondo la formola prescritta dal magistrato (118).

Mutati i tempi e i costumi, cambiata la forma de' governi e de' giudici, queste distinzioni non sono più in uso. La differenza fra' magistrati e i giudici pedanei fu abrogata anche prima di Giustiniano; e sino da quell' epoca ciascun giudice ebbe la facoltà di far' eseguire le sentenze da lui pronunciate (119). La distinzione degli atti fatti *in jure*, e di quelli fatti *in judicio*, non ebbe più luogo; i giudici divennero magistrati, e cominciarono a conoscere anch' essi tanto del diritto che del fatto (120).

Ulpiano, con una definizione accomodata a' suoi tempi, dice che l' ufficio del giusdicente è estesissimo; avvegnacchè egli abbia facoltà di dare il possesso de' beni e mettere in possesso; di assegnare il tutore a' pupilli che non l' hanno, e costituire il giudice a' litiganti. Nel vocabolo *giusdicente* che a' tempi di questo giureconsulto significava unicamente il pretore, conviene a' giorni nostri comprendere gli altri magistrati dell' ordine giudiziario. L' officio degli odierni giusdi-

(117) Schilter. exerc. 7. §. 3.
(118) Noodt, de jurisd. lib. 1. cap. 6. 7.
(119) Ricci, univ. civ. et crim. jur. lib. 4. §. 1779.
(120) Einecc. Elem. jur. civ. §. 1321.

centi non solo non è estesissimo; ma, che è più, è limitatissimo. La loro giurisdizione si restringe a conoscere in prima istanza le cause, il cui valore non oltrepassi la somma di duecento scudi; le cause di provvisioni alimentarie; le cause di mercedi dovute agli operai giornalieri, ai domestici ed altre persone di servizio; le cause di danno dato nei respettivi territori, e le cause di momentaneo e sommarissimo possessorio, senza facoltà di cumulare il petitorio (121).

L. Imperium, 3.

L. Jubere, 4.

Qual sia la distinzione da' moderni surrogata al mero e misto impero venne da noi altrove osservato (222).

L. Et quia, 6.

SOMMARIO

Differenza fra diritto civile e Canonico.

Se quegli che demandò la giurisdizione, sia morto prima che l'altro, cui è demandata, abbia cominciato ad agire nella causa, secondo la sentenza di Labeone, il mandato è sciolto. Indi apprendiamo che per diritto civile la giurisdizione mandata cessa con la morte del mandante, purchè non sia seguita la contestazione della lite. Il diritto Canonico per continuare la giurisdizione nel giudice delegato non ricerca la contestazione della lite, ma la semplice citazione (123). Nell' uso del foro prevalse il diritto Canonice (124).

(121) Regol. giud. 10. Nov. 1834. art. 286. 287. Sotto la legislazione di Leone XII. chiamavansi pretori i giudici singolari de' Capoluoghi di legazione e delegazione. La loro giurisdizione si estendeva a tutte le cause civili di un valore superiore a' trecento scudi sino a qualunque somma, ed erano giudici di appello nelle cause giudicate da' Luogotenenti, Governatori ed Assessori delle legazioni; come in quelle di materia laicale tra' meri laici, giudicate dagli Ordinari e Vicari generali sino alla somma di ottocentoventicinque scudi. Eravi allora maggiore analogia fra gli antichi e moderni pretori. Non v'ha però alcun dubbio che l'attuale organizzazione giudiziaria sia meglio ordinata.

(122) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 1. Tit. XXI. lib. 1. Dig.

(123) C. gratum gerimus, de offic. et potest. jud. deleg.

(124) Reiffen. in lib. 1. Decret. Tit. 29. Richard. univ. civ. et crim. jur. lib. 4. Tit. 39. §. 1840. Obrecht. de jurisd. lib. 4. cap. 8.

L. Si quis, 7.

SOMMARIO

Osservazioni sulla pena contenuta in questa legge.

Più volte osservammo che i pretori nel principio della loro magistratura solevano pubblicare un editto, acciocchè fosse fatta a ciascuno licenza di apprendere quali massime essi avrebbero seguitato nel giudicare. La cognizione di queste massime era di pubblico interesse; e però chiunque con pravità d' intenzione (125) avesse tolto, corrotto, o lacerato l' editto, veniva punito con una multa di cinquecento monete d' oro. Incorreva nella stessa pena non solo chi avesse operato da sè, ma eziandio chi si fosse servito dell' opera altrui (126) il figlio di famiglia, la femmina e il servo (127). A' servi, qualora non avessero avuto con che pagare, nè il padrone gli avesse difesi; e generalmente a tutti quelli che non erano al caso di sostenere la multa, veniva in suo luogo surrogata una pena corporale (128).

A' tempi di Ulpiano i tesori rubati a Siracusa, a Taranto, a Cartagine, a Pergamo, a Corinto, alla Numidia, alla Siria, alla Macedonia, all' Epiro, all' Egitto, all' Italia, alla Lusitania, alle Spagne, alle Gallie, e a tante altre doviziosissime regioni, avevano straricchito i Romani. Avanti la prima guerra punica questa multa sarebbe stata eccessiva, come il sarebbe oggigiorno per noi che non abbiamo que' mezzi di trar denaro tanto facili agli antichi. Secondo la testimonianza di quasi tutti gl' interpreti in pratica non è osservata: chiunque laceri, corrompa o levi un pubblico editto è punito ad arbitrio del giudice (129).

(125) Hic §. 4.
(126) Hic §. 5.
(127) Hic §. 1.
(128) Hic §. 3.
(129) Autumnus, Groenew, Bustus, Brunemann. ad hanc legem. Ricker. univ. civ. et crim. jur. lib. 4. Tit. 39. §. 1843.

L. Si familia, 9.

SOMMARIO

Abolizione delle azioni nossali.

Ulpiano nella legge sopra esposta dichiara che se l'editto del pretore sia stato corrotto, tolto o lacerato da più persone, ciascuna di esse è tenuta alla pena; e Gaio nella legge seguente soggiunge che se la pena sia stata pagata da uno dei delinquenti, gli altri non vengono liberati. Quindi è che se la corruzione dell' editto sia stata fatta da parecchi servi, non basta che il padrone, volendo difenderli, paghi la multa per un solo; ma dee pagare tante multe, quanti sono i servi delinquenti. La legge in questo caso procede con più rigore che in quelli di furto o simili, perchè si tratta di vendicare un'ingiuria fatta al magistrato.

Siccome presso noi non sono servi, nè azioni nossali, la disposizione di questa legge è le sua parte inutile (130).

L. Qui jurisdictioni, 10.

SOMMARIO

Antinomìa fra un responso di Ulpiano e di Africano.

Jus dicere, come altrove osservammo, è cosa diversa da *judicare*, *Jus dicebat* il magistrato, *judicabat* il giudice pedaneo. Il primo presiedeva alla giurisdizione, e poteva stabilire e disporre a suo arbitrio, non essendo vincolato da alcuna formola; e il secondo, all' opposto, nel conoscere e giudicare non poteva recedere da quella formola che il pretore gli aveva prescritto. Per la qual cosa le leggi vietavano che il magistrato *jus diceret* a sè, a sua moglie, a' suoi figli, a' suoi liberti e a qualunque altro che vivesse con lui (131); laddove non proibivano che il giudice giudicasse fra' suoi (132). Il Cujacio è di parere che non si debba in proposito fare alcuna differenza fra *jus dicere*

(130) Veggasi quello abbiamo detto nella legge antecedente, e gli autori ivi allegati.

(131) Hic.

(132) L. 77. ff. de jud.

e *judicare*; e concilia questa contraddizione, dicendo che il giudice può giudicare fra' suoi, secondo la sentenza di Africano; ma che non dee, come dice Ulpiano. Siccome parmi una specie di paradosso che per legge possa farsi ciò che per legge non dee farsi, così ritengo che la prima opinione, la quale è del Gotofredo, del Duareno, e di altri giureconsulti valentissimi, debba preferirsi.

Oggigiorno non v' ha alcuna differenza fra *jus dicere* e *judicare*, ed è quindi applicabile al giusdicente tutto quello che altrove abbiamo detto riguardo al giudice (133).

L. Si idem, 11.

SOMMARIO

Correzione delle moderne leggi

I magistrati municipali, dei quali si parla nella presente legge, avevano, come altrove osservammo, giurisdizione ristretta sino a certa somma (134). Se Primo, per esempio, avesse avuto più azioni contro Secondo, in questo caso, per determinare la competenza del giudice, si dovea por mente alla quantità delle medesime presa singolarmente (135). Tuttavia piacque a' romani giureconsulti che sebbene la somma di tutte le suddette azioni, riunita insieme, superasse la giurisdizione di quel giudice, si potesse nulladimeno agire dinanzi a lui (136).

Siccome le moderne leggi hanno con somma diligenza posto un confine alle giurisdizioni de' tribunali e de' giudici singolari, i quali per conseguenza sono tutti incapaci di giudicare su quello che appartiene ad altri giudici, così la disposizione del diritto romano in proposito non è presso noi attendibile. L' attuale procedura per, fissare le norme di competenza, dichiara che se l' attore domanda il pagamento di più somme, si dee aver riguardo a ciascuna separatamente, qualora il debito di ciascuna derivi da una causa distinta: se tutte dipendono da un medesimo titolo o causa, il valore si desume dal totale dei de-

(133) Cioè nella l. 77. Tit. I. lib. V. Dig.
(134) Nov. 15.
(135) Concord. art. 460. Regol. legislat. e giud. 10. Nov. 1834.
(136) Brunemann. hic, et in l. 8. Cod. fam. ercis.

bili riuniti (137). Questa definizione di competenza non solo ha luogo nelle azioni personali; ma per identità di ragione anche nelle reali (138).

§. Sed si mutuae, 1.

SOMMARIO

Concordanza fra le antiche e moderne leggi.

Primo muove l' azione dinanzi un magistrato municipale per una certa somma che gli è dovuta, e che non eccede la quantità che è di competenza di quel magistrato. Secondo, il convenuto, riconviene l' attore per un' altra somma, di cui pretende essere creditore verso di Primo. La somma dedotta in riconvenzione oltrepassa la quantità, che è di competenza di quel giudice. Dimanda il giureconsulto, se la lite si debba compiere ciò non ostante dinanzi a lui. Risponde affermativamente.

Siccome il valore della lite è sempre determinato dalla dimanda dell' attore (139), e la competenza de' giudici si determina dalla citazione introduttiva della lite (140), senza aver riguardo alle eccezioni proposte dal reo (141), così appare chiarissimo che le odierne leggi di procedura nel determinare la competenza de' giudici singolari non hanno punto derogato alle disposizioni del diritto comune (142).

§. Si una actio, 2.

SOMMARIO

Correzione della presente legge.

Domanda il giureconsulto, se per determinare la competenza di un magistrato municipale ne' giudizi divisorii si debba aver riguardo

(137) D. art. 460.

(138) Veggasi la Segnat. nella Ferrariens. circumscriptionis, 30. Aprile 1840. Grossi Decano.

(139) Regol. legislat. e giud. 10. Novembre 1834. art. 466.

(140) Segnat. nella Romana circumscriptionis et pert. caus. 27. Novembre, 1828. Alessi, nella Perusina, circumscript. 6. Agosto 1835. Rinnazzi, e nella Romana circumscript. 18. Aprile, 1839. Lippi.

(141) D. Regol. art. 465.

(142) Osservo di passaggio, che nel caso di un chierico riconvenuto dinanzi a giudice laico, il Tribunale Supremo non accolse il ricorso di nullità per difetto di giurisdizione. Segnat. nella Romana seu Nepesina circumscript. 21. Luglio 1836, Conventati,

alle singoli parti, ovvero alla cosa in complesso. Tennero la prima opinione Officio e Procolo: si accostarono alla seconda Pegaso e Cassio. Gaio, autore del presente responso, approva l' opinione de' secondi.

Laonde, conforme il tenore di questa legge, se la quantità totale non eccede la competenza del magistrato dato a certa somma si può agire dinanzi a lui: in caso diverso la causa diventa di competenza del giudice superiore. Presso noi, tanto se la quantità totale superi la giurisdizione del giudice dato a certa somma, come i Governatori, e gli Assessori; quanto se non la superi, le azioni successorie e quelle di divisione sono indstintamente di competenza de' Tribunali superiori (143).

L. Magistratus, 12.

Dal tenore di questo responso si rileva che la giurisdizione criminale de' magistrati municipali era tanto ristretta, che neppure a' schiavi potevano infliggere gravi punizioni. Oggigiorno è inutile (144).

L. Eum qui, 13.

Osserva Ulpiano che quegli che comanda di giudicare, debb' essere magistrato. È chiaro che questa legge, considerando il tempo in cui fu fatta, riguarda più i costumi de' Romani, che i nostri (145).

L. Si per errorem, 15.

Tratta questa legge della proroga di giurisdizione, e conchiude che gli atti sono nulli quando la proroga sia stata fatta per errore. Oggigiorno gli atti sarebbero nulli anche se la proroga non fosse fatta per errore, qualora per essa venisse attribuita a un giudice o tribunale una competenza che non ha (146).

(143) Regol. giud. 10. Novembre 1834. art. 291. Segnat. nella Romana circumscriptionis, §. 7. 20. Giugno 1839.

(144) Veggasi quello che abbiamo detto nel principio di questo titolo, n. 30.

(145) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 8. Tit. XVIII. lib. I. e nel principio del Titolo I. lib. V. Dig. Quid nel giudice dato dal Principe? Veggasi la l. a giudice, Cod. de jud. e il Gudelin. de jur. noviss. lib. 4. cap. 2.

(146) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 1. Tit. I. lib. V. Dig.

L. Cum quaedam, 19.

§. Quotiens, 1.

Dice Ulpiano che ogni qualvolta si ricerchi la quantità che è di pertinenza della giurisdizione, si dee sempre far mente a quanto si chiede, non a quanto è dovuto. Presso noi nel ricercare la quantità che è di pertinenza della giurisdizione spesse volte si dee cosiderare non solo quello che si richiede, ma eziandio quello che è dovuto (147).

(147) Veggasi il Moto-Prop. 10. Novembre, 1834. Part. 3. Tit. 2. sez. 3. per tot.

TITOLO II.

CHE OGNUNO DEBBA SERVIRSI DI QUELLO STESSO DIRITTO CHE HA STABILITO CONTRO GLI ALTRI.

SOMMARIO

Se la disposizione di quest' editto possa aver luogo negli odierni costumi.

I pretori di Roma, i presidi e i proconsoli nelle provincie, erano pressocchè legislatori. Sebbene con le parole dicessero di conservare il diritto civile, spesso in effetto co' loro editti se ne allontanavano. In un' epoca in cui le leggi venivano fatte in un' assemblea di popolo, che non vedeva se non bottino, senza maturità di deliberazione, era conveniente che si lasciasse in qualche modo a' giusdicenti la facoltà di mitigare ne' casi pratici quelle massime generali che uscivano piuttosto da un consiglio di guerra, che da un' assemblea di giureconsulti. Ma i magistrati, cui era concessa questa licenza, talvolta ne facevano qualche abuso con l' introdurre ne' loro editti massime nuove e inusitate, le quali alle parti contendenti erano di pregiudizio gravissimo. Il diritto romano a prevenire tali ingiustizie disponeva che, dopo finito l'ufficio, si potessero contro i magistrati invocare quelle stesse massime ch' essi nell' anno avevano stabilite (148). Qual cosa in fatti era più giusta che ciascuno dovesse contro sè stesso comportare l' applicazione di quel medesimo diritto ch' egli applicò, o volle agli altri applicato (149)? Uguale disposizione aveva luogo contro quell' avversario che avesse dal magistrato ottenuto una massima nuova a danno altrui; perocchè egli non poteva chiamare ingiusta una massima che aveva ritenuta per giusta contro la persona di un altro (150).

Oggigiorno però le cose hanno cambiato aspetto; le leggi sono modellate sui casi pratici con tutta maturità di deliberazione, nè i magistrati hanno facoltà di recedervi sotto qualsivoglia pretesto: e sebbene sia cosa tuttavia piena di equità, che ciascuno debba ritenere per giusto contro sè stesso quello che tenne per giusto contro la per-

(148) L. 1. §. 1. Hic.
(149) L. 1. Hic.
(150) L. 1. §. 1. Hic.

sona altrui; nulladimeno, non essendovi oggigiorno giudici che possano stabilire nuovi diritti, nè litiganti che possano ottenerli, non può aver luogo fra noi la disposizione di questo editto. Qualora ne' magistrati e nelle parti si scoprissero degli abusi, sorgerebbe contro essi il magistero criminale, e sarebbero soggetti alle pene da noi altrove accennate (151).

(151) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 2. Tit. XVIII. lib. IV. Istit.

TITOLO III.

SE TALUNO NON ABBIA OBBEDITO AL GIUSDICENTE.

SOMMARIO

Se la disposizione di questo editto sia dalle moderne leggi abrogata.

Tanto il titolo precedente, che il titolo presente, riguardano la giurisdizione de' magistrati: quello intende a preservarla dalle loro ingiustizie; questo a difenderla dalla disubbidienza de' privati.

La giurisdizione consiste nella cognizione delle cause; terminata la cognizione, subbentra l' impero, il quale consiste nell' esecuzione (152). Senza l' impero gli atti della giurisdizione sarebbero inutili, le sentenze e i decreti rimarrebbero senza effetto, sarebbe l' ordine pubblico sovvertito. Quindi è che, trasmessa la giurisdizione, si suppone trasmesso anche l' impero, pel quale il magistrato possa mandare ad effetto le sentenze, i decreti, e generalmente tutti gli atti derivanti dalla medesima. Quest' impero non è concesso che a' magistrati superiori; i magistrati minori, come i duumviri, non l' hanno: per conseguenza non possono punire chi neghi obbedienza agli atti della loro giurisdizione.

Se il privato litigante, ricusando obbedire agli atti della giurisdizione de' magistrati superiori, opponga resistenza all' esecuzione delle sentenze, o alle altre conseguenze del giudicato, vogliono le leggi romane che incorra nella pena di una multa, da valutarsi dal giudice a tenore della circostanza: siccome il giudizio discende dalla giurisdizione di un magistrato onorario, ed è meramente penale, così non può essere eseguito dopo l' anno, nè contro gli eredi.

L' odierna legge ha specialmente stabilito la pena contro chiunque si opponga e faccia resistenza agli ordini de' giudici, tribunali e magistrati, dando alla medesima un aumento proporzionato alla differenza delle circostanze che accompagnarono l' azione (153). In essa non trovasi la multa prescritta dal diritto romano; e siccome in tutto quel-

(152) Vinnio, quist. scelte, lib. 1. cap. 4.
(153) Regol. sui delitti, e sulle pene, 20. Settembre, 1832. art. 136. e seg.

lo che dalla medesima è stabilito, hanno cessato di aver vigore tutte le altre disposizioni sui delitti e sulle pene (154), così non dubito che la disposizione delle leggi romane debba presso noi ritenersi abolita (155).

(154) D. Regol. art. 367.

(155) Si aggiunga, che l' odierna pena stabilita contro i renitenti discende dalla legge civile, non dal diritto onorario; e però la norma, e il tempo della prescrizione, si debbono in proposito desumere dal sopra citato regolamento, e non dal diritto romano.

TITOLO IV.

DELLA CHIAMATA IN TRIBUNALE,

SOMMARIO

Cenno sul presente titolo.

Se la chiamata in tribunale sia, o no, parte del giudizio propriamente detto, poco interessa al nostro istituto (156). In qual maniera si esercitasse presso gli antichi, e quali mutazioni v' abbia recato Giustiniano e la pratica del foro, venne da noi altrove osservato (157).

L. In jus vocari, 2.

SOMMARIO

Differenza fra gli antichi e moderni costumi riguardo alla chiamata in tribunale.

Il console, il prefetto, il proconsole, e generalmente tutti i magistrati che avevano impero e potere coercitivo; il pontefice occupato nelle sacre cerimonie; chi era impiegato in pubblico servizio; quegli che prendeva moglie, e quella che prendeva marito; il giudice mentre conosceva di qualche affare; chi perorava dinanzi al pretore; e chiunque conduceva un funerale di famiglia o compiva gli estremi uffici verso qualche defunto, non poteva essere chiamato in tribunale.

Due sono le ragioni di quest' antica disposizione del diritto comune. La prima è la brutalità dell' atto. A Roma, come altrove osservammo (158), la chiamata in tribunale si faceva di autorità privata: l' attore imponeva all' avversario di seguirlo; qualora non avesse prontamente obbedito, avea la facoltà di porgli le mani addosso, e far uso della violenza. Permettere che quest' atto potesse venire esercitato anche nella persona di un alto magistrato sarebbe stato lo stesso che avvilire la dignità, e mettere in ridicolo quel potere coercitivo, del qua-

(156) Veggasi il Vinnio, quist. scelte, lib. 1. cap. 4.

(157) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 3. n. 1. tit. XVI. lib. I. Istit. e più specialmente nel principio del tit. I. lib. V. Dig.

(158) Cioè nel §. 3. n. 2. tit. XVI. Istit. e più specialmente nel principio del tit. I. lib. V. Dig.

le era rivestito. L' indecenza dell' azione e l' utile pubblico volevano altresì che ella fosse rimossa da quelle persone ch' erano intente a qualche opera sacra, pubblica o solenne. La seconda ragione è, che presso i Romani le cariche e le magistrature erano temporanee: la legge che vietava di chiamare i magistrati in giudizio, non toglieva; ma sospendeva l' esercizio di quell' azione che si poteva avere contro essi. Se le magistrature fossero state perpetue, questa disposizione non ci avrebbe lasciato un' imitabile esempio della giustizia de' Romani.

Oggigiorno però la chiamata in tribunale si fa verbalmente e non realmente; le magistrature sono perpetue, non temporali; a un atto di autorità privata che si faceva sulle pubbliche vie dinanzi al popolo, si è sostituito un atto di autorità pubblica che si fa privatamente, senza clamore, e senza pubblicità. Cessate le ragioni, per le quali i Romani proibivano di chiamare in tribunale i magistrati e le altre persone privilegiate, cessarono parimenti, e caddero dall' uso le disposizioni di questa legge (159).

L. Vel quia cadaver, 3.

SOMMARIO

Negli odierni costumi chi accompagna o segue un cadavere non è immune dall' arresto.

Nell' antico sistema giudiziario de' Romani la chiamata in tribunale, tanto negli affari pubblici che privati, era unicamente reale, e sempre si eseguiva con lo stesso quasi arresto del reo (160); ma negli odierni costumi, che il diritto pubblico è accuratamente distinto dal privato, la procedura nelle cause civili è di gran lunga differente da quella delle cause criminali. Nelle prime la citazione si trasmette sempre verbalmente; nelle seconde quasi sempre con la stessa incarcerazione del reo (161). Per parità di ragione negli odierni costu-

(159) Veggasi il Perezio, il Fabbro, il Wesembecio, il Gotofredo, ed altri nella L. 1. Cod. de contract. jud. Crist. vol. 2. dec. 86. n. 3. Guid. Pap. dec. 195. Argent. ad consuet. Britan. art. 35. not. 1. n. 1. in fin. Busio, nella l. principalibus, 33. n. 5. ff. de reb. cred. Voet, comm. ad Pand. hoc. tit. n. 5. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 4. tit. 39. §. 1597. Veggasi parimenti quello che abbiamo detto nella legge susseguente.

(160) Purchè non avesse transatto od offerto cauzione di comparire. Veggasi quello che abbiamo detto nel principio del tit. VI. di questo libro.

(161) Carleval. de jud. tom. 1. lib. 1. cap. 1.

mi solo nelle citazioni reali si ammette in certi casi quella immunità che gli antichi accordavano a certe persone indistintamente in ambo i generi di cause.

La semplice umazione del cadavere bastava presso gli antichi a rendere religioso un luogo (162), e perciò reputavano temporaneamente religioso anche il luogo, per ove egli era portato. In conseguenza di questo principio vietavasi di chiamare in tribunale chiunque n'avesse accompagnato o seguito il corteggio, quasi la violenza o pubblicità di quell'atto fosse contraria al rispetto dovuto alla religione.

Oggigiorno però la semplice umazione del cadavere non basta a rendere un luogo religioso, e per conseguenza non si considera religioso neppure il luogo per ove egli passa. Nulla dunque vieta negli odierni costumi che si possa arrestare o carcerare un reo che segue o accompagna un cadavere, essendo concessa l'immunità solo a quelli che seguono o accompagnano il Divin Redentore sotto le specie sacramentali (163).

L. Quique, 4.

Siccome i furiosi e gl'infanti non sono al caso d'intendere ciò che da loro si voglia, così per diritto romano non possono essere chiamati in tribunale, dovendo in luogo loro essere chiamati gli stessi tutori e curatori (164). Presso noi, nella persona o al domicilio de' loro tutori o curatori, sono citati gli stessi furiosi ed infanti (165).

§. Praetor, 1. et seqq.

L. Parentes, 6.

Parecchi interpreti sono di avviso che esssendo oggigiorno tolta dall'uso l'indecente maniera di trascinare il reo in giudizio con la violenza, gli ascendenti, tanto paterni che materni, possano essere

(162) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 9. tit. I. lib. II. Istit.

(163) Engel, in Decret. lib. 3. tit. de immunit. Eccles. n. 12. Layman. lib. 4. tract. 9. c. 3. n.i 4. Pignatell. tom. 6. consult. 4. n. 89. Reiffen. in Decret. lib. 3. tit. 49. n. 48.

(164) L. in rebus, 2. Cod. qui legit. pers. stand. in jud.

(165) Regol. giud. 10. Novembre, 1834. art. 490.

chiamati in tribunale, senza l'autorizzazione del magistrato (166). Presso noi l'autorizzazione, quanto agli ascendenti, è necessaria (167), quanto a' patroni, è inutile (168).

L. Patres adoptivi, 7.

Primo, mio figlio emancipato, adottò Secondo. Domanda il giureconsulto, se l'adottato possa chiamarmi in tribunale senza il permesso del magistrato. Risponde affermativamente, perocchè la persona adottata da mio figlio emancipato non diventa mio nepote, ned' è mio agnato, nè cognato. Per la qual cosa, conforme le leggi de' Digesti, l'autorizzazione sarebbe stata necessaria, qualora l'adozione fosse stata fatta da un figlio di famiglia. Secondo le leggi del Codice l'autorizzazione non sarebbe necessaria, neppure se l'adozione fosse fatta da un figlio di famiglia; giacchè, a tenore della distinzione introdotta da Giustiniano, l'adottato non entra nella potestà dell'adottante, e per conseguenza neppure in quella del padre dell'adottante, qualora questi non sia un ascendente (169).

L. Adoptivum, 8. et seqq.

L'editto del pretore dispone che non si chiami in giudizio senza permesso il patrono e la patrona, nè i figli e discendenti dell'uno e dell'altra. Il giureconsulto discorre in queste leggi le persone che si debbono ritenere come patroni, affine di godere di tal privilegio. Siccome oggigiorno non vi sono nè servi, nè manomissioni, nè patroni, nè liberti, così tutte le sopraddette leggi sono gran parte inutili (170).

L. Plerique, 18.

Ritenevano i Romani che l'abitazione fosse luogo immune, e l'entrarvi per chiamare un reo in giudizio senza il suo consentimento formava, per così dire, una certa specie di violenza. Imperciocchè *quid*

(166) Fabbro, Cod. suo for. hoc. tit. def. 13. Cujac. lib. 10. obs. 11. Busio, in l. 2. n. 8. ff. hoc tit.

(167) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 3. n. 2. tit. XVI. lib. IV. Istit.

(168) Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. 3. lib. I. Istit.

(169) L. pen. Cod. de adopt.

(170) Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. III. lib. I. Istit.

est sanctius, dice l' oratore di Arpino, *quid omni religione munitus, quam domus cujusque civium? hic arae sunt, hic foci, hic Dii penates, hic sacra, religiones, cerimonia, continentur. Hoc perfugium ita est sanctum omnibus, ut inde abripi neminem fas sit* (171). Negli odierni costumi si vuol distinguere se la citazione sia verbale o reale (172). La prima si eseguisce di diritto nel domicilio e nella casa altrui contro chiunque; la seconda non si può eseguire nella casa altrui senza il permesso del competente magistrato (173).

L. Satisque, 19.

SOMMARIO

Abolizione dell' immissione al possesso de' beni. Legislazione Pontificia e straniera.

Per le ragioni allegate da Cicerone, da noi ripetute nella legge precedente, i Romani consideravano la propria abitazione come un sicuro asilo contro chiunque avesse avuto in animo di usare la violenza, per tradurre la parte dinanzi al giudice. Ma forse il reo, celato fra le domestiche pareti, poteva impunemente ridere in sul viso all' avversario? questo sarebbe stato lo stesso, che rendere inutile la giustizia. Gli antichi, teneri di que' loro istituti che vietavano potersi togliere a un romano i diritti di cittadino, ebbero ricorso a un mezzo indiretto col quale ottenevano lo stesso intento (174). Di questo mezzo indiretto fecero uso nel caso presente, come in altri parecchi. Qualora il reo, rinchiuso nella propria casa, non fosse comparso ad allegare sue ragioni contro l' avversario, questi in forza di un decreto del pretore veniva posto nel possesso de' beni di lui: se il reo voleva evitare la perdita di essi e l' ignominia di una pubblica vendita, doveva uscire e difendersi.

Questo modo di procedere fu di unanime consenso abolito presso tutte le moderne nazioni (175). Presso noi, qualora il reo si renda

(171) Cicer. pro domo sua.

(172) Veggasi quello che abbiamo detto nella L. 3. di questo titolo.

(173) Regol. Organ. di proced. crim. 5. Novembre, 1831. art. 327. Confer. art. 209.

(174) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 2. n. 2. tit. XVI. lib. I. Istit.

(175) Mornac, nella L. 1. Cod. de rest. mil. Mynsing. cent. 4. obs. 66. Cristin. vol. 4. dec. 244.

contumace alla prima chiamata dell' avversario, si ripete la seconda citazione con termine a comparire uguale alla prima (176). Scorso questo termine, perseverando il reo nella sua contumacia, si procede alla sentenza definitiva, analogamente alla dimanda dell' attore, purchè si riconosca giusta, e verificata. La suddetta sentenza si ritiene come emanata in contradittorio per tutti gli effetti di ragione (177). Consimile è la procedura di quasi tutte le odierne legislazioni, salvo che in alcuni luoghi come nella vicina Toscana, ne' Ducati di Parma, Piacenza e Guastalla, la causa può essere portata all' udienza senza bisogno di altra citazione, qualora uno solo sia il reo convenuto (178). Se i rei convenuti sieno due o più, ed alcuni di essi abbiano fatto la loro comparsa ed altri sieno contumaci, si ripete riguardo a questi ultimi la seconda citazione (179). Conforme il Codice di Francia, col quale concordano parecchi fra gl' Italiani, nel caso di contumacia si pronuncia sempre all' udienza dietro la chiamata della causa. L' effetto è l' aggiudicazione della domanda, qualora sia trovata giusta e ben fondata (180). Se fra due o più parti citate una è contumace, e l' altra si presenta, si riunisce l' effetto della contumacia, ed il giudizio di riunione si notifica alla parte contumace da un usciere che si destina dal tribunale. La notificazione dee contenere l' intimazione a comparire nel primo giorno in cui la causa debb' essere chiamata. La causa viene giudicata con una sola sentenza, la quale non è soggetta ad opposizione (181).

L. Sed etsi, 21.

La regola posta nelle due leggi precedenti sofferiva eccezione, allorchè il reo avesse permesso l' ingresso nella sua abitazione; ma seb-

(176) Regol. giud. 10. Novembre, 1834. art. 557.

(177) D. Regol. art. 562. E questa procedura ha luogo tanto nelle cause di primo, che di secondo, ed ultimo grado. D. Regol. art. 497. 557. 1034. 1092. Nulladimeno se la contumacia non sia della parte, ma del procuratore legalmente costituito, avanti la Ruota e la Segnatura la seconda citazione non è necessaria, come pure non è necessaria ne' giudizi contro gli esteri, e contro gli assenti. D. Regol. art. 1039. 196. 1646.

(178) Regol. di proced. civ. Tosc. art. 82. Cod. di proced. parmens. art. 497. 498.

(179) D. Reg. di proced. civ. Tosc. art. 85. Cod. di proced. Parmens. art. 150.

(180) Cod. di proced. Franc. art. 150.

(181) Cod. di Proced. Franc. art. 153. Concord. Cod. delle D. S. art. 244. 247.

bene si potesse in tal caso chiamarlo in tribunale, nulladimeno l'attore non potea far uso che di una citazione verbale; la reale era proibita. Per le ragioni da noi discorse nelle due precedenti leggi ritenghiamo che questa eccezione sia oggigiorno superflua.

L. Libertus, 23.

Trattasi in questo responso di un liberto comune, il quale, sebbene soggetto a più, per chiamare in giudizio quel patrono, con cui volea contendere, dovea chiederne licenza al pretore. Tuttociò oggigiorno è inutile (182).

L. In eum, 24.

L. Si sine, ult.

Secondo il diritto romano chiunque avesse contravvenuto all' editto del pretore, chiamando in giudizio quelle persone che per privilegio n' erano esenti, o quelle che non potevano chiamarsi se non previo il permesso, era punito colla multa di cinquanta monete di oro. Presso noi questa multa è fuor d' uso (183).

(182) Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. III. lib. I. Istit.
(183) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 3. n. 2. tit. XVI. lib. IV. Istit.

TITOLO V.

SE TALUNO NON SARÀ COMPARSO IN GIUDIZIO, ESSENDOVI CHIAMATO; O SE SARÀ STATO CHIAMATO DA CHI NON LO POTEVA IN FORZA DELL' EDITTO.

SOMMARIO

Cenno sul presente titolo.

La rubrica di questo titolo è più estesa che non il titolo medesimo: sebbene facciasi in esso menzione di quello che non comparve in giudizio, essendo chiamato; niuna se ne fa di quello che chiamò, non essendo permesso. Proponendo una materia che non hanno trattato, o non trattando una materia che hanno proposto, i compilatori delle Pandette non furono in questa parte troppo amanti della precisione.

L. Ex quacumque, 2.

È disposizione delle leggi romane, che se il giudice non abbia giurisdizione sopra la persona o sopra la causa, si possa impunemente non obbedire (184). Ma se la sua giurisdizione si richiami in dubbio, è pure disposizione delle leggi romane che il citato debba comparire, acciocchè il pretore possa giudicare, se la causa, di cui si tratta, sia di sua competenza (185). La pratica di quasi tutte le nazioni ritenne sempre costantemente che il reo convenuto avanti a un giudice, la cui competenza si chiamasse in dubbio, dovesse comparire facendo però formale protesto di non consentire nella sua giurisdizione, se non in caso e in quanto egli fosse per legge tenuto (186).

§. Si quis, 1.

L. Cum quis, ult.

Spesse volte il reo potea ricusare di presentarsi, profittando dell' indulgenza dell' avversario, cui fosse increscinto di usare la violen-

(184) L. ult. ff. de jurisd. RUOTA, nella Civitatis Castellanae, nullit. transact. 17. Marzo, 1816. SERLUPI.

(185) Hic, et L. 5. ff. de jud.

(186) RIDOLFIN. prax. jud. pars. I. Cap. 7. n. 53. RUOTA, decis. 91. n. 11. et seqq. pars. 6. recen. Veggasi quello che abbiamo detto nella sopra citata L. 5. ff. de jud.

za. Per tale effetto il pretore aveva stabilito contro il contumace una multa, proporzionata alla giurisdizione del giudice. Presso noi questa multa contro i contumaci non è in uso, e la trovo sancita dal Codice delle Due Sicilie (187).

(187) Veggasi quello che abbiamo detto nella L. 19. tit. IV. di questo libro. Cod. di Proced. delle D. S. art. 243.

TITOLO VI.

CHE I CHIAMATI IN GIUDIZIO COMPARISCANO, OVVERO PRESTINO SATISDAZIONE O CAUZIONE.

SOMMARIO

1

Uso di questo titolo.

Quando il reo veniva chiamato, per evitare la pubblicità che l'avversario si potea permettere, gli era mestieri di seguirlo. Egli però avea la facoltà di liberarsi da tale obbligo, transattando sulla controversia, o dando cauzione di comparire in giudizio. Questa cauzione davasi per mallevadori, e chiamavasi *de judicio sisti*. Come altrove osservammo, oggigiorno è fuor d'uso (188). Imperciocchè quelle cauzioni che anche negli odierni costumi si ricercano nell'introduzione della lite dal litigante attore straniero, e dal debitore sospetto di fuga, riguardando esse, tanto per parte dell'uno che dell'altro, l'assicurazione di tutto l'esito del giudizio in favore dell'avversario, nulla hanno di comune con quella *de judicio sisti* degli antichi. Esse sono più propriamente l'imitazione di quella, che da' Romani si chiamava *judicatum solvi*, sulla quale v'ha pure il suo titolo particolare nelle Pandette (189).

(188) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 7. n. 1. tit. XI. lib. IV. Istit. e nella L. 8. in not. tit. VIII. di questo libro.

(189) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 1. Tit. VIII. di questo libro.

TITOLO VII.

CHE NIUNO SOTTRAGGA COLLA FORZA QUELLO CHE È CHIAMATO IN TRIBUNALE.

SOMMARIO

A che cosa sieno oggigiorno applicabili le disposizioni di questo titolo

Le disposizioni di questo titolo, come quelle degli antecedenti; sono quasi tutti una conseguenza dell'antico modo di procedere fra' Romani. Oggigiorno che la procedura è totalmente cambiata, e che poco o nulla ha di comune con quella degli antichi, sono per conseguenza la maggior parte superflue. La chiamata in tribunale che anticamente si faceva col porre le mani addosso a un cittadino, in quella stessa maniera che oggigiorno si farebbe dalla forza pubblica a un malvivente, non poteva a meno di far ricadere una certa quale ignominia sulla persona che era l'oggetto di tale violenza. Indi è che gli amici e i parenti del reo, in veggendolo così garbatamente condotto o trascinato dinanzi al giudice, spesse volte si opponevano, e con la forza tentavano di sprigionarlo dalle mani dell'attore. Se i pretori non avessero provveduto a simili inconvenienti, spesse volte la giustizia sarebbesi trovata al caso di essere inconcludente. I sottrattori del reo erano soggetti a un' azione in *factum*, nella quale non si valutava quello che l'attore avrebbe avuto realmente diritto di chiedere; ma bensì quella somma o quantità ch'egli dimandava, a suo arbitrio (190).

Ma oggigiorno che il modo di procedere è totalmente cambiato, si può a buon conto dubitare se le suddette teorie del diritto romano sieno ancora osservabili. Sono di parere che si debba distinguere il giudizio civile dal criminale.

Nel giudizio civile la chiamata in tribunale si trasmette sempre verbalmente: l'esimizione per parte di chi impedisce al reo di comparirvi, non sarebbe che impropria, e potrebbe anche oggigiorno dar luogo ad un'ammenda in ragione del danno che può derivare alla parte. Ma siccome negli odierni costumi, non comparendo il reo, può comparire il suo legittimo rappresentante, o non comparendo entrambi, si fa luogo alla sentenza definitiva, analogamente alla dimanda dell'attore (191); così parmi che l'esimizione del reo, affrettando la

(190) Veggasi la L. 2. Cod. de calumniat. ne' frammenti del Cod. Ermog.
(191) Veggasi quello che abbiamo detto nella L. 19. tit. IV. di questo libro.

decisione della causa, rechi più utile, che danno all' avversario; e perciò non so vedere, se non in qualche caso ben raro, quale ammenda egli potesse pretendere. Se vogliamo considerare, che anticamente senza la comparsa del reo non si potea procedere alla discussione della causa, laddove oggigiorno la causa si può decidere anche senza la sua comparsa, vedremo a un tratto che non sussiste oggidì quella medesima ragione, per la quale gli antichi imponevano la suddetta ammenda in vantaggio dell' attore.

Nel giudizio criminale, all' opposto, la citazione è reale, ed ha una certa qual somiglianza con la chiamata in tribunale degli antichi. V' ha però questa rimarchevole differenza, che presso i Romani si eseguiva da qualunque privato, laddove presso noi si eseguisce dal pubblico ministero. La differenza che corre fra un privato, e una persona rivestita della pubblica autorità, rende l' offesa di un carattere diverso, e dà all' azione qualche grado maggiore d' imputabilità. È bensì vero, che tra gli antichi ogni cittadino era sovrano; ma l' offesa era da pari a pari, e d' altronde non vi sono oggigiorno cittadini nel senso delle leggi romane. Secondo l' odierno regolamento penale il delitto di esimizione di un arrestato dalle mani della forza è punito con cinque anni di galera: se v' intervennero percosse o ferite, si applica anche la pena di questi delitti (192). Il Codice di Francia e quelli che l' hanno imitato, come il Parmense, procedendo con troppo rigore, pongono questo delitto fra la classe delle ribellioni (193).

(192) Regolamento sui delitti e sulle pene, 20. Settembre 1832. art. 145.
(193) Cod. penale Franc. art. 209. Cod. Parmens art. 218.

TITOLO VIII.

CHI SIA OBBLIGATO A PRESTARE SATISDAZIONE, CHI DEBBA PROMETTERE CON GIURAMENTO, E CHI POSSA PROMETTERE SEMPLICEMENTE.

SOMMARIO

Cenno sull' uso del presente titolo.

Il sesto titolo di questo libro tratta, come ivi osservammo, della cauzione di presentarsi in giudizio. Il titolo presente ne tratta anche più a distesa, ponendo a rassegna il come, il quando, e fra quali persone debba interporsi. Come, quando, e fra quali persone debba oggigiorno interporsi, venne da noi altrove osservato (194).

L. Satisdatio, 1.

SOMMARIO

Negli odierni costumi la cauzione si dee prestare col deposito di una somma o per ipoteca.

Il vocabolo cauzione è generico e comprende sotto di sè più specie, cioè la fideiussoria, la pignoratizia, la giuratoria e la promissoria. Il nome di satisdazione, propriamente parlando, non conviene che alla prima (195).

I pretori, ne' casi che da loro si prescriveva l' obbligo di prestare una cauzione, non vollero che la fideiussoria. Tale era quello ingiunto al reo, allorchè, prima di contestare la lite, dovea garantire di presentarsi in tribunale e sottostare al giudicato. La ragione, per cui essi non si contentarono di altre cauzioni, fu perchè la pignoratizia non potea prestarsi, se non quando si trattava di quantità o cosa determinata, sulla quale potesse basarsi una certa stima. Ma il futuro evento di una lite era incerto, e come tale non poteva essere capace di una stima certa e determinata, sulla quale basare l' ipoteca (196). La giuratoria, e la promissoria non si ammettevano che dalle persone illustri (197).

(194) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 2. n. 3. tit. XI. lib. IV. Istit.
(195) Hic, et L. 7. ff. de praetor. stipul.
(196) Frantz. ad hoc tit. n. 12.
(197) L. 7. Cod. de dignit.

Del resto, in quella stessa maniera che la consuetudine universale di tutte le nazioni tolse dall' uso la necessità di queste cauzioni, salvo il caso di un attore litigante straniero, e di un debitore sospetto di fuga (198), derogò parimenti alle massime del diritto onorario, ammettendo in pratica che la cauzione potesse prestarsi anche in una certa quantità determinata, o per ipoteca (199).

Presso noi la semplice cauzione per mallevadori non è ammessa nè nel caso di un litigante attore straniero, nè in quello di un debitore sospetto di fuga. Nel primo la cauzione dee prestarsi in una somma fissata dal tribunale pel valore approssimativo delle spese, dei danni, e degl' interessi, a' quali l' attore può essere condannato (200). Egli può esentarsi dal depositare la suddetta somma, qualora provi di possedere nello Stato beni immobili sufficienti ad assicurarla (201): ma in questo caso rimane al reo convenuto il diritto di prendervi ipoteca, e perciò la cauzione diventa ipotecaria non mallevadoria (202). Nel secondo caso, sempre che il creditore non si contenti di una semplice cauzione per mallevadori, i giudici non possono ammettere che l' ipotecaria, o la fidejussoria con ipoteca, ovvero il deposito della somma dovuta, o di effetti o merci equivalenti (203).

(198) Zanger, de except. p. 2. c. 21. n. 48. Carpzov. lib. 2. resp. 79. Brunemman nella L. unic. n. 9. 10. Cod. de satisd. Card. de Luc. Dott. lib. 15. cap. 15. Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 2. n. 3. tit. XI. lib. IV. Istit.

(199) Menoch de arb. jud. quaest. cas. 42. n. 3. Gail. de arest. c. 3. n. 4. Carpzov prax. crim. q. 112. n. 99. Brunemman in L. 3. n. 3. Cod. de omni agro desert.

(200) Regol. giud. 10. Novembre, 1834. art. 796. 797. Concord. Cod. di proced. Parmens. art. 219. È dubbio nella nostra legislazione se la cauzione data dall' attore straniero debba ripetersi in grado di appello. Se si considera, che lo spirito della legge è quello di favorire il suddito, acciocchè in caso di vittoria abbia pronto, e facile il mezzo di potersi indenizzare delle spese della lite; e che in caso diverso il favore della legge nol salverebbe che in parte; parmi che l' opinione negativa non possa sostenersi senza cavillare. Fac. L. nulla, 25. ff. de legib. L. beneficium, 3. de const. Princip. Secondo il Codice di procedura Toscano questo dubbio non può aver luogo: lo straniero, ivi dicesi, può essere obbligato a dar cauzione di pagare l' equivalente della condanna che potesse essere contro lui pronunciata, e le spese del giudizio, e i danni e gl' interessi: e ciò tanto per la prima che per le istanze successive. Regol. di proced. civ. Tosc. art. 216.

(201) D. Regol. 10. Novembre, 1834. art. 797. Concord. Cod. civ. Franc. art. 16. Cod. delle D. S. art. 17. Cod. Albert. art. 33. Cod. di proced. civ. Parmens. art. 219. Regol. di proced. civ. Tosc. art. 224.

(202) Secondo tutte le odierne legislazioni, compresa la nostra, la suddetta cauzione non ha luogo, allorchè si tratta di affari commerciali.

(203) D. Regol. giud. 10. Novembre, 1834. art. 930.

L. Fidejussor, 2.

§. Praetor, 2.

SOMMARIO

Applicazione di questa legge negli odierni costumi.

Oggigiorno che la cauzione di presentarsi in tribunale e quella di sottostare al giudicato sono cadute dall' uso, o, per meglio dire, sono implicitamente abolite (204), a che cosa possono esser utili quelle disposizioni del pretore, con le quali ingiunge che se alcuno chiami in tribunale il patrono, la patrona, i figli o genitori del patrono, e della patrona, i propri figli, uno che ha sotto la propria potestà, la moglie o la nuora, debba per la loro comparsa accettare qualsivoglia mallevadore?

Suppongasi, che un padre, un figlio, una moglie od altro prossimo congiunto, dichiarata la sua volontà di stabilirsi altrove (205), abbia poscia acquistato la naturalizzazione presso uno Stato estero: suppongasi che dopo ciò introduca una lite ne' dominii pontificii. Non dovrà egli essere considerato come attore straniero, per cui se gli possa ingiungere l' obbligo di prestare la cauzione richiesta dalla legge? (206). In questo caso non potrà egli invocare per sè questo responso di Ulpiano? (207).

(204) Di ciò offre argomento anche lo stesso §. 796. del regolamento giudiziario. Se le suddette cauzioni fossero state conservate a termini di diritto comune, sarebbe stato inutile farne un' obbligo speciale solo nel caso di un litigante attore straniero, e di un debitore sospetto di fuga.

(205) Reg. giud. 10. Nov. 1834. art. 426.

(206) È cosa nota che secondo le massime dell' odierno diritto pubblico, col quale concorda anche il romano, la naturalizzazione acquistata in paese straniero fa perdere la qualità di suddito nel proprio stato Cod. civ. Franc. art. 17. Cod. Austr. art. 32. Cod. Albert. art. 34. Cod. delle D. S. art. 20. Cod. Parmens. art. 20. Cod. Ticin. art. 24. La spatriazione negli Stati Estensi, non solo fa perdere la qualità di suddito, ma fa incorrere nella confisca de' beni. Cod. Estens. lib. II. Tit. 8. art. 13.

(207) Tanto presso noi che nelle rimanenti legislazioni la legge ingiunge l'obbligo della cauzione, ma solo nell' interesse del reo convenuto: sta dunque nel suo arbitrio di contentarsi di una sorta di cauzione piuttosto che di un' altra. Riteghiamo adunque che per espressa disposizione del diritto comune il suo arbitrio possa essere limitato nel caso presente.

L. Si vero, 5.

§. Qui pro rei, 1.

Altrove osservammo qual fosse il modo elegante, con cui si eseguiva da' Romani la chiamata in tribunale. Allorchè il reo voleva evitare l' ignominia di quell' azione, poteva offerire un mallevadore, il quale avesse garantito la sua comparsa. Se l' avversario per qualche odio privato, o per altra non plausibile ragione, non avesse accettato il mallevadore, laddove d' altronde fosse stato abbastanza idoneo per assicurarlo, tanto il mallevadore che il reo potevano istruire contro lui l' azione d' ingiurie. E ciò per questo, che non reputavasi lieve ingiuria quella di trascinare il reo in giudizio, allorchè l' attore, fatto sicuro di ciò che voleva, potea risparmiarsi tal atto.

È chiaro che il tenore di questo responso riguarda più l' antica procedura de' Romani che la nostra. Negli odierni costumi il decidere sull' idoneità o sull' inidoneità di una cauzione spetta a' tribunali, non alle parti; e siccome il rifiuto, o l' opposizione dell' avversario contro la medesima, ne' casi in cui viene richiesta, non fa luogo ad alcuna violenza, così non può nemmeno far luogo all' azione d' ingiurie (208).

L. Si fidejussor, 7.

Quantunque un mallevadore fosse stato idoneo, poteva nulladimeno essere ricusato, qualora avesse appartenuto alla giurisdizione di un altro giudice. Tuttavia se il reo non poteva trovare altra cauzione, il mallevadore doveva essere accettato; ma in questo caso se gli poteva intimare di non far uso della declinatoria di foro, allorchè fosse stato convenuto in giudizio. Negli odierni costumi con l' elezione del domicilio sarebbe tolto ogni ostacolo (209).

§. Si necessaria, 1.

Una provincia a' tempi dell' antica Roma comprendeva pressocchè uno Stato de' tempi nostri. Il preside ed il proconsole v' avea giurisdizione per tutto, nè in essa era altro tribunale che il suo. In con-

(208) Veggasi quello che abbiamo detto nella L. 1. di questo titolo.

(209) Veggasi quello che abbiamo detto nella L. 8. §. 4. di questo titolo.

formità di tale ordinamento giudiziario permettevano le leggi che se per avventura un debitore non avesse potuto prestar cauzione nel luogo, ov' era convenuto, fosse fatto capace di poterla prestare in altra città della medesima provincia. E ciò per la ragione sopra accennata; cioè che tutte le città, ville e castelli, di una provincia erano sotto l' immediata giurisdizione dello stesso magistrato. Oggigiorno però l' assetto giudiziario è differente; sonovi giudici singolari e tribunali collegiali, i quali hanno giurisdizione propria e distinta. Per la qual cosa sono di avviso, che se un giudice ordinasse la prestazione di una sicurtà, sebbene questa appartenesse alla stessa provincia, potesse nulladimeno ritenersi come inidonea, qualora non fosse della stessa città di provincia soggetta alla sua particolare giurisdizione (210).

§. Satisdatum, 2.

Rilevasi da questo testo che si può procedere al sequestro della cosa e della persona, qualora, essendo sospetta, non abbia prestato cauzione. Il qual sequestro non cessa, finchè la cauzione non sia stata prestata (211). Concorda con la romana la vigente legislazione (212).

L. De die ponenda, 1.

SOMMARIO

Negli odierni costumi il termine a comparire è prefisso dalla legge.

Questa legge è una conseguenza de' principii adottati dagli antichi riguardo alla chiamata in tribunale. Il reo, come altrove osservammo (213), poteva esimersi dalla violenza dell' attore, qualora avesse offerto cauzione di presentarsi (214). Siccome allora non eravi una leg-

(210) Veggasi però quello che abbiamo detto nella legge antecedente.

(211) Menoc. de arb. jud. quaest. lib. 2. cas. 87. n. 10. Gail. lib. 1. obs. 148. Salgad. in labyr. cred. p. 1. c. fin. n. 255.

(212) Regol. giud. 10. Nov. 1834. art. 918. 928.

(213) Veggasi quello che abbiamo detto nel Titolo VI. di questo libro.

(214) Secondo l' antica legge delle XII. Tavole in niun modo il reo poteva dispensarsi dal seguire il suo avversario. La facoltà di liberarsene mediante la satisdazione fu poscia per equità introdotta dai pretori. Sigon. de jud. lib. 1. cap. 18. in fin. D' allora in poi fu addossata al reo la necessità di satisdare due volte: in entrambe per assicurare l' avversario ch' egli sarebbe comparso in tribunale. Era però tra l' una e l' altra questa differenza, che la prima si soleva interporre

ge precisa, la quale stabilisse un termine alla prima comparsa (215), così mediante stipulazione solevano per lo più prefiggerlo i litiganti medesimi: se l'avessero ommesso, o fossero stati discordi sulla maggiore o minore lunghezza, la facoltà di stabilirlo era concessa all' attore; qualora fosse stato troppo breve, era in facoltà del giudice il prolungarlo.

Oggigiorno, senza bisogno di alcuna cauzione (216), il termine a comparire è definitivamente stabilito dalla legge, nè si suole stipulare fra le parti: in niun caso è in facoltà del giudice il prolungarlo; ma sebbene in qualche caso di minorarlo (217). I pratici e gl' interpreti inferiscono da questa legge che negli atti preparatori del giudizio è migliore la condizione dell' attore che quella del reo; ma siccome per le odierne leggi la condizione migliore è quella della parte più diligente, così parmi che poco frutto si possa ricavare da questa troppo generica conclusione.

§. Tutor, 4.

§. Jubetur, 5.

SOMMARIO

Negli odierni costumi il mallevadore può essere convenuto anche nel foro del reo principale.

Primo, convenuto da Secondo in Roma, dee prestare satisdazione: non potendo egli ivi trovare un mallevadore, domanda il giureconsulto se debba essere ascoltato, qualora alleghi di poterlo dare in provincia o al suo municipio.

innanzi ch' egli conoscesse quale azione si voleva contro lui promuovere; la seconda, dopo conosciuta l' azione, formando il vadimonio. Costituito il vadimonio, il termine a comparire era per lo più di tre giorni; nulladimeno il pretore o di suo arbitrio o di consenso delle parti, potea prolungarlo. Sigon. loc. cit. cap. 20. Tutte queste formalità in effetto riguardavano quella citazione che oggigiorno si chiama introduttiva della lite.

(215) Ossia di quella che doveva aver luogo, quando non era peranco formato il vadimonio. Tutto si stabiliva dinanzi al pretore.

(216) Veggasi quello che abbiamo detto nel Titolo VI., e nel Titolo IX. di questo libro.

(217) Regol. giud. 10. Novembre, 1834. art. 478. Cod. di proced. Parmens. art. 533. 566. Cod. di proced. delle D. S. art. 108. 166. Cod. di proced. Franc. art. 6. art. 72. Veggasi quello che abbiamo detto nel Tit. XII. di questo libro.

Le satisdazioni sono di due sorta: necessarie e volontarie. Le necessarie, di cui si tratta in questo responso, sono quelle che il diritto civile o l' onorario ricercano essenzialmente in qualche atto: tale, per esempio, è quella de' tutori e curatori verso i pupilli; dell' usufruttuario verso il proprietario; dell' erede verso quel legatario ch' ebbe un lascito sotto condizione. Volontarie sono quelle che si aggiungono agli atti dalle parti medesime, senza che la legge ne formi un obbligo preciso. Le satisdazioni di questo secondo genere si dovevano necessariamente prestare in quel luogo medesimo, nel quale il reo era convenuto (218). Quanto alle necessarie, per regola si dovevano anche esse prestare nel luogo, ove il reo era convenuto; nulladimeno se quegli cui n' era imposto l' obbligo, asseverava di non poterle prestare in Roma o nella sua provincia, doveva essere ascoltato se diceva di poterle prestare in altra provincia o nel suo municipio. Ma perchè non fosse in arbitrio del reo di tradurre il suo avversario nel municipio o in altra provincia, mentre forse poteva satisdare in Roma, si esigeva da lui il giuramento di calunnia.

Ritengo che questa legge presenti oggigiorno una quistione inutile. E ciò per due ragioni.

Primo, perchè le difficoltà promosse dalla medesima provengono dalla vastità dell' antico impero, e dalla differente maniera, con cui erano ordinate le giurisdizioni, l' estensione delle quali rendeva malagevole l' intentare una lite contro quello ch' era soggetto ad altro giudice (219). Oggigiorno però quell' antico impero è sparpagliato in tante differenti nazioni, e la sola Italia forma da otto principati, l' uno dall' altro indipendenti. Questa divisione di stati, restrinse l' estensione de' territori, e per conseguenza le giurisdizioni de' giudici. Non è quindi oggigiorno cosa tanto malagevole, come a' tempi de' Romani, il chiamare in giudizio da una provincia all' altra; e d' altronde, secondo l' odierna procedura, con la semplice elezione del domicilio, fatta con le solennità prescritte dalla legge; ciascuno si rende soggetto a qualunque giudice, ed offre la facilità di convenirlo anche fuori del suo territorio (220).

(218) L. 7. §. 1. hoc. tit.

(219) L. 1. si quis in jus. vocat. l. 2. ff. hoc tit.

(220) Regol. giud. 10. Nov. 1834. art. 486. Cod. di proced. parmens. art. 193. Cod. civ. delle D. S. art. 116. Cod. Albert. art. 75. Cod. Franc. art. 111. Presso i Romani invece dell' elezione di domicilio spesso si usava la proroga di giurisdizione e la rinuncia al privilegio del foro. Arg. l. 1. de jud. l. 1. si quis in jus. vocat. l. 29. Cod. de pact.

Secondo, perchè essendo disposizione delle odierne leggi che quando vi siano più rei domiciliati in diversi luoghi, l' attore possa istruire l' azione avanti il giudice o tribunale del domicilio di uno dei rei a sua scelta (221); è chiaro che se l' attore voglia promuovere il giudizio anche contro il reo, può di per sè stesso, nel caso in quistione, procurarsi il vantaggio di convenire il mallevadore in Roma fuori della sua provincia o municipio, anche senza l' elezione di domicilio o rinuncia di foro (222).

L. Sciendum, 15.

SOMMARIO

Correzione di questa legge.

I possessori de' beni stabili sono per diritto civile esentati dall' obbligo di prestare la cauzione. A' tempi de' Romani la cauzione non si prestava che per mezzo di mallevadori (223); oggigiorno, all' opposto, non si presta che col deposito di una somma o per ipoteca (224), epperò negli odierni costumi la possidenza di beni stabili non esenta dall' obbligo di prestarla (225).

(221) Regol. giud. 10. Nov. 1834. art. 433.

(222) L' artificio forense che spesso abusa delle leggi, e specialmente di quelle di procedura, cogliendo occasione dal tenore di questa odierna disposizione, creò talvolta affettatamente un reo, da convenirsi in determinato luogo, per unirlo al nome del vero reo; e così istruire il giudizio nel luogo del reo creato a bello studio per comodo dell' attore. Il supremo Tribunale, conosciuta la frode, annullò in tal caso gli atti. Segnat. nella Ferrariens circumscriptionis 20. Gennajo 1830. nella Romana seu Reatina circumscriptionis 10. Aprile 1834. nella Romana pertinen. causae, 7. Settembre 1837., e nella Fabrianens. seu Lauretane, circumscript. 5. Aprile 1838.

(223) L. 7. ff. de stipul. praetor.

(224) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 1. Tit. VIII. di questo libro.

(225) Presso noi i possessori di beni stabili possono solamente esentarsi dall' obbligo di fare il deposito della somma. Concordano le rimanenti legislazioni. Veggasi quello che abbiamo detto nella sopra citata l. 1. Tit. VIII.

TITOLO IX.

COME SI DEBBA DARE CAUZIONE SE SI TRATTA DI CAUSA NOSSALE.

SOMMARIO

Inutilità del presente titolo.

Nel titolo precedente i compilatori delle Pandette trattarono di quella cauzione che soleva interporsi per un uomo libero, con la quale mediante mallevadori si guarentiva ch' egli sarebbe comparso in giudizio. Nel titolo presente trattano della medesima cauzione interposta per la comparsa di un servo, in nome di cui fosse stata proposta l' azione nossale. Il pretore avea stabilito che, allorquando il padrone fosse stato convenuto con la suddetta azione per conto del servo, potesse liberarsene, facendo l' abbandono del medesimo. Nulladimeno egli dovea satisdare di presentare il servo in quello stesso stato, che si trovava al tempo della chiamata in tribunale sino alla contestazione. Indi raccoglie il Bacovio che presso i Romani la cauzione *de judicio sisti* terminava dopo contestata la lite (226). Siccome presso noi non sono servi, nè azioni nossali (227), nè cauzione di comparire in giudizio (228), ritenghiamo che tutte le disposizioni di questo titolo siano oggigiorno superflue.

(226) Veggasi quello che abbiamo detto nel Tit. VI. di questo libro.

(227) Veggasi quello che abbiamo detto nel Tit. VIII. lib. IV. Istit.

(228) Veggasi quello che abbiamo detto nel Tit. VI. di questo libro. Quanto a' giudizi civili, non v' ha alcun dubbio, essendo cessato lo scopo, pel quale s' interponeva. Nulladimeno per una certa parità di ragione, l' odierna procedura ne suole talvolta ammettere l' uso ne' giudizi criminali. Carpzov. quaest. 112. n. 106. Ant. Matt. ad lib. 48. ff. tit. 14. cap. 2. n. 12. Carmignani, Elem. jur. crim. §. 589. Regol. Organ. di proced. crim. 5. Nov. 1831. art. 337. 338. 673.

TITOLO X.

DI COLUI CHE PER FATTO PROPRIO HA IMPEDITO ALCUNO DI COMPARIRE IN GIUDIZIO.

SOMMARIO

Osservazioni sull' uso del presente titolo.

Il titolo presente, al pari del titolo VII. di questo libro, tratta del caso, in cui il reo non abbia potuto comparire in giudizio pel fatto altrui. La differenza che corre fra l' uno e l' altro titolo, è che in quello si contempla il caso in cui sia stato sottratto con la forza; in questo il caso in cui sia stato impedito per dolo.

Quando il reo era chiamato in giudizio, come più volte osservammo, poteva esentarsi dal seguirlo, prestando la cauzione; prestata che l' avesse, cessava ogni violenza, nè poteva più aver luogo il caso che si cercasse di liberarlo dalle mani dell' avversario con la forza. Tuttavia, prestata la cauzione, poteva accadere che, o in danno dell' attore o in danno del reo e del suo mallevadore, si tentasse dolosamente d' impedirgli di mantenere la sua promessa. Era quindi giusto che il magistero della legge entrasse in tal caso a soccorrere la parte danneggiata. Per le ragioni da noi altrove allegate (229) ritenghiamo che le disposizioni di questo titolo sieno oggigiorno più presto applicabili a' casi criminali, sebbene non vogliamo negare potersi concepire de' casi, rarissimi e talvolta stravaganti, in cui possa aver luogo anche ne' giudizi civili.

L. Æquissimum, 1.

§. Et haeredi, ult.

Per diritto civile l' azione contro l' erede pel dolo del defunto non si dà oltre l' anno, e se non in quanto è al medesimo da quel dolo pervenuto. Oggigiorno si dà contro l' erede solidalmente (230), e non si prescrive, se non col tempo stabilito alla prescrizione dell' azione penale (231).

(229) Veggasi quello che abbiamo detto nel principio del titolo VI. VII. di questo libro.

(230) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 1. n. 2. tit. XII. lib. IV. Istit.

(231) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. principal. n. 4. tit. II. lib. IV. Istit.

L. Ex hoc edicto, 3.

In vigore di questo editto contro chi avesse operato dolosamente, affinchè un altro non si presentasse in giudizio, competeva l' azione *in factum* pel danno che l' attore avesse risentito dal non essere il reo comparso in giudizio; come, per esempio, se durante il tempo intermedio il reo avesse acquistato il dominio della cosa, oppure si fosse liberato dall' azione.

A' tempi de' Romani la prescrizione non veniva interrotta, se non mediante la contestazione della lite; e siccome la lite non si potea contestare senza la comparsa del reo, così, non comparendo egli per dolo altrui, l' attore mediante la prescrizione potea venire escluso dalla propria azione e perdere il dominio delle cose sue. Oggigiorno però che senza il bisogno di alcuna comparsa e contestazione di lite, per la nuova disposizione del diritto Giustinianeo (232) la prescrizione si interrompe con la semplice citazione, questo danno a carico dell' attore non può più aver luogo.

(232) L. 2. Cod. de ann. praescript. et ibi Brunemm.

TITOLO XI.

SE ALCUNO DOPO PRESTATE LE CAUZIONI DI COMPARIRE IN GIUDIZIO NON ABBIA OBBEDITO.

SOMMARIO

Cenno sull' uso di questo titolo.

Nell' antica procedura de' Romani il reo, dopo data la cauzione, potea non comparire, perchè sottratto con la forza, o perchè dolosamente impedito. Era però facile anche il caso ch' egli non avesse potuto comparire per qualche altra giusta ragione, indipendentemente dalla propria volontà e dal fatto altrui. Di queste ragioni si fanno a discorrere i compilatori delle Pandette nel presente titolo, disponendo a rassegna tutte quelle eccezioni che il reo potea dedurre per la mancanza della sua promessa. Sull' utile delle medesime negli odierni costumi può riscontrarsi quello che abbiamo accennato ne' titoli precedenti.

L. Vicena, 1.

Altrove osservammo, che non essendo dalle leggi romane prefisso alcun termine alla comparsa in giudizio, nell' atto della satisdazione soleva per lo più stipularsi dalle parti (233). In questo tempo si doveva aver riguardo anche alla distanza de' luoghi. Il pretore voleva che si computassero ventimila passi, cioè venti miglia per giorno, senza calcolare quello in cui si prestava la cauzione, e quello in cui si doveva comparire. Questi principii sono oggigiorno sanzionati dalla procedura di tutte le vigenti legislazioni (234).

(233) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 8. tit. VIII. di questo libro.

(234) Mot. Prop. 10. Nov. 1834. art. 412. Cod. di proced. Parmens. art. 162. Cod. di proced. delle D. S. art. 1109. Cod. di proced. Franc. art. 1833. Cod. di proced. Toscan. art. 1128.

L. Non exigimus, 2.

§. Si quis tamen, 8.

SOMMARIO

Applicazione della presente legge al commercio marittimo.

Quando i litiganti stipulavano fra loro il termine della comparsa in tribunale, e per questa solevano farvi intervenire un mallevadore, pattuivano nella stipulazione una pena (che tra noi non si osserva) a carico della parte contumace. Ma perchè molte circostanze potevano occorrere, le quali impedissero alla parte di comparire, indipendentemente dalla sua volontà, furono da' giureconsulti romani con somma accuratezza raccolte parecchie circostanze, valevoli ad esentare dalla pena mediante eccezione. Era tra queste se il reo non fosse comparso per essere stato impedito da qualche procella, tanto di terra che di mare, o dall'impeto de' fiumi. Non usava a quell'epoca che le parti senza esporsi a rischi de' fiumi e del mare, potessero in qualsivoglia luogo farsi rappresentare da un legittimo procuratore (235). Il giureconsulto espone in questo paragrafo la maniera con cui si debba interpretare la suddetta eccezione, imperciocchè non ogni tempesta nè ogni procella era valevole per esentare dalla pena. Quindi, se mentre uno poteva non essere sorpreso dalla tempesta o dall'impeto de' fiumi, fosse partito prima, e, non avendo navigato in tempo opportuno, si fosse posto in angustia di tempo; se avesse deviato dal suo cammino senz'alcuna necessità e solo per suo capriccio; se invece di tenere una strada che potea condurlo felicemente a capo del suo cammino, ne avesse tenuta una diversa, per la quale dovette incontrare degli ostacoli; la sua eccezione non gli giovava punto, e doveva subire la pena della sua negligenza.

I Romani che mai non conobbero il traffico; i Romani che avrebbero creduto disonorarsi col fare i commercianti (236): i Romani che s' indussero a recarvi qualche provvedimento solo pel timore delle sedizioni e della vita; facendo una disposizione riguardo alla chiamata in tribunale, ci lasciarono, e senza volerlo, una delle più belle teorie riguardo al commercio marittimo.

(235) Veggasi quello che abbiamo detto nel principio del titolo X, lib. IV. Istit.
(236) Quaestus omnis patribus indecorus visus est Liv. lib. 21, c. 63.

L. Sed et si, 4.

§. Quesitum, 4.

SOMMARIO

Antinomia fra un responso di Ulpiano e Labeone.

Nella legge precedente osservammo che qualche eccezione potea talvolta scusare il reo dalla pena, se per avventura nel giorno prefisso non si fosse recato in giudizio. Ora, domanda il giureconsulto se sia valida la convenzione, per la quale la parte, prendendo sopra sè stessa i casi fortuiti, rinuncia a tutte le eccezioni. Atilicinio fu di parere che tal convenzione fosse inutile; ma Ulpiano si avvisò che valesse, qualora nella convenzione fossero specialmente espressi i casi delle eccezioni che si vollero rinunciate.

Secondo la comune sentenza degl' Interpreti, a questo responso di Ulpiano è apertamente contraria un' altra legge de' Digesti (237), per la quale si ferma valida la generale rinuncia a tutti i casi fortuiti, sebbene di essi non sia stata fatta speciale menzione (238).

Il Donello (239), il Busio (240), il Mantica (241), il Brunemmanno (242), il Gailio (243) ed altri parecchi che troppo lungo sarebbe il riferire, non hanno mancato di conciliare le due contrarie sentenze, dicendo che la rinuncia generale è invalida, qualora non sia preceduta dalla speciale. Altri, cui tale conciliazione non piacque, apposero a Triboniano la taccia di furfante, dicendo essere state dal medesimo in questa legge aggiunte le parole „ *qualora nelle convenzioni i casi delle eccezioni fossero espressi specialmente* (244).

Questa contrarietà negl' Interpreti, al pari di quasi tutte le altre, provenne dall' essersi troppo ciecamente abbandonati a voler conciliare leggi che furono fatte in tempi e circostanze diverse, con spirito e ra-

(237) L. fistula, §. ult. ff. de contr. empt.

(238) Vinnio quist. scelt. lib. 2. cap. 1. Pauschman, lib. 1. quaest. pract. cap. 6. 7. Facchin. lib. 1. cont. 86. Tulden. comm. ad Cod. tit. de locat. n. 11. Perez. ibid. n. 27.

(239) Comm. jur. civ. lib. 16. cap. 3.

(240) Hic.

(241) De tacit. et ambig. conv. lib. 16. tit. 18, n. 3.

(242) Hic.

(243) Obs. pract. lib. 2. obs. 13. n. 18.

(244) Guiac. lib. 14. obs. 7.

gione differente, per accomodarle in uno stesso modo a' tempi presenti. Il rigore del diritto civile volea, secondo il costume, che la convenzione espressa si osservasse: era dello spirito del diritto romano che questa disposizione non avesse eccezioni. I pretori però che ne' loro editti spesso si dipartivano dal sommo rigore del diritto civile, per seguire un' equità che fors' era più conveniente a' costumi del secolo, non furono schivi di porgliele; ma come i pretori non erano in effetto legislatori, procedevano indirettamente per vie di formole, eccezioni e restituzioni; non direttamente per via di leggi: indi nacque spesse volte contraddizione fra il diritto civile e il pretorio; contraddizione che forse non sarebbe avvenuta, se i pretori avessero proceduto francamente per via di leggi; o se i compilatori delle Pandette, togliendo quelle massime che non erano più adattate a' loro tempi, avessero posto in una stessa consonanza il diritto civile e pretorio (245).

In pratica fu ricevuto che la rinuncia generale, sebbene, come elegantemente dicono i pratici, fatta con parole *effrenatissime* e *pregnantissime*, non comprenda nè quelle cose, nè quei casi che al tempo della convenzione non potevano esser noti (246).

L. Et si post, 8.

Tizio, chiamato in tribunale, mediante mallevadori promise di comparire in un giorno determinato: venuto il giorno stabilito, non comparve. Domanda il giureconsulto se comparendo egli dopo due, tre, cinque o più giorni, possa, allegando l' eccezione, purgare la sua contumacia. Risponde affermativamente, purchè la medesima non abbia recato alcun pregiudizio a' diritti dell' attore. Siccome presso noi e presso tutti gli altri popoli la contumacia del reo non impedisce che si proceda in causa (247) così la legge ne ammette la purgazione, quante volte il reo comparisca o costituisca il procuratore, prima che la causa sia discussa (248). Considerato che il contumace non è ammes-

(245) Veggasi quello che abbiamo detto nella legge 9. §. 1. di questo titolo.

(246) E ciò con retto raziocinio, mentre quelle parole *effrenatissime e pregnantissime* sono per lo più un parto della penna notarile Menoch. de arb. jud. quaest. lib. 2. cas. 80. Mascard. de probat. concl. 1271. Pacioni, de locat. cap. 49. n. 64. Ruota, nella Urbevetana, nullitatis transactionis, 3. Giugno 1791. Malvasia, §. 10. e nella Firmana primogeniturae de Montanis super immisione in specie quod non resoluta, 14. Marzo dello stesso anno, Strasoldo, §. 9.

(247) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 19. tit. IV. di questo libro.

(248) Regol. giud. art. 1134.

so a comparire, se non nello stato e nei termini in cui si trova la causa, essendo irretrattabili tutti gli atti anteriori alla comparsa, salvo le eccezioni per le nullità sostanziali; e stando a suo carico il pagamento irrepetibile di tutte le spese occorse negli atti già fatti, non so vedere qual pregiudizio possa oggigiorno derivare all' attore dalla contumacia del reo (249).

L. Si Servus, 9.

§. Si plurium, 1.

SOMMARIO

Antinomia fra un responso di Ulpiano e di Giuliano.

Ulpiano nella presente legge si esprime in tal maniera: *si plurium servorum nomine judicio sistendi causa stipulatione promittatur; poenam quidem integram committi, licet unus status non sit, Labeo ait; quia verum sit, omnes statos non esse: verum si pro rata unius offeratur poena, exceptione doli usurum eum qui ex hac stipulatione convenitur.*

Giuliano, all' opposto, si esprime in tal modo: *vel, ut propius accedamus, fingamus ita stipulationem factam; si Stichum et Damam et Erotem non sisteris, decem dari: neque enim dubitabimus, quin œquae omnes sisti oporteat.*

Per la qual cosa se un mallevadore abbia promesso, sotto pena dedotta nella stipulazione, di presentare in giudizio più servi, ed uno di essi non sia comparso, può, secondo la sentenza di Ulpiano, dividere la pena stipulata, e prestarla in proporzione del servo che non fu presentato: all' opposto, secondo la sentenza di Giuliano, se un mallevadore abbia promesso di presentare Stico, Dama ed Erote; ed uno di essi non sia comparso, dee prestare la pena per l' intero. Ecco un' aperta contraddizione la quale, come al solito, non mancò di dare le spese al cervello degli interpreti per conciliarla. Noi con quella brevità che potremo migliore, ci studieremo di produrre qualcuno de' loro argomenti, per esaminarne la forza, nè ci faremo coscienza di esporre in proposito anche la nostra opinione.

(249) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 3. tit. X. di questo libro.

Alcuni dicono che il caso proposto da Ulpiano riguardi una stipulazione pretoria, nella quale per regola generale ha luogo quella benigna interpretazione che non ha luogo ne' contratti. Falso di netto, perocchè il caso proposto da Giuliano riguarda anch' esso la cauzione de *judicio sisti*, la quale è pretoria, e ivi non ammette questa benigna interpretazione (250). Altri allegano che Giuliano parli di ciò che debbe aver luogo per rigore di sommo diritto, ed Ulpiano di ciò che può aver luogo per equità. E in fatti, Ulpiano stesso fa conoscere in principio che al parere di Giuliano era concorde quello di Labeone. Dalla qual cosa possiamo apprendere che il parere di Labeone era forse più adottato. Secondo questa interpretazione l' equità distrugge una legge scritta, e rende quasi inutile il responso di Giuliano.

Io, per me, lasciando che gl' Interpreti si contraddicano a vicenda per conciliare la suddetta antinomìa (251) confesso ingenuamente che non saprei trovare alcun ragionevole motivo per ostinarmi a credere che Ulpiano non abbia avuto un' opinione diversa da quella di Giuliano (252). E che? Erano forse la medesima persona? Fiorivano forse ne' medesimi tempi? Avevano forse i medesimi principii? Vivevano forse nelle medesime circostanze? È noto che gli stessi giureconsulti fino da' tempi di Ateio Capitone e Antistio Labeone, si divisero in parecchie sette, le quali erano per lo più fra loro discordi. Imperciocchè, laddove Ateio Capitone e i suoi seguaci studiavano a tutto potere di conservare le antiche leggi e attenersi agli antichi principii; Antistio Labeone, all' opposto, e i suoi seguaci, spesso dipartendosi da ciò che sapeva troppo di antico, mediante lo studio delle scienze filosofiche cominciarono a introdurre nella giurisprudenza parecchie innovazioni, alle quali prima non si era mai pensato (253). Da questa contrarietà di dottrine, come non può esser nata varietà di opinioni, contraddizione di massime, antinomìa di responsi? Se noi

(250) Facchin. contr. jur. lib. 10. cap. 63.

(251) Veggasi un Butigella in repet. l. 4. §. Cato, de verb. obl. n. 140. Croto, in 2. repet. n. 53. Facchin. contr. jur. loc. cit. Kandewig. tract. de div. et ind. n. 399. Ant. Fabr. in rational. ad hanc leg. Alciat. in repet. l. 4. §. Cato, n. 165. ff. de verb. obl.

(252) Martino, antico glosatore, venne in proposito confutato dal Bartolo; il Bartolo dal Ruino e dall' Alciato. Socino, l' juniore, dissentendo da tutti e tre, si appiglia ad altra opinione, la quale è rigettata dal Facchineo seguace della sentenza di un Pietro da Ravenna. Questa varietà di pareri non ci fa chiaramente conoscere che ciascuno tentò d' indovinare?

(253) L. 2. §. 47. ff. de reg. jur.

vorremo prenderci la pena di riscontrare la maggior parte di quelle leggi che oggi formano le Pandette, la testimonianza medesima degli antichi giureconsulti ci farà conoscere ch' eglino sovente erano tra loro in dissensione, in quella stessa maniera che il sono tra loro i giureconsulti moderni. Ulpiano, trattando se un Atleta dovea considerarsi come persona infame, risponde negativamente e soggiunge *ita omnes opinantur* (254). Era dunque comune opinione che l' Atleta non fosse infame; se v' era una comune opinione, n' esisteva per conseguenza un' altra che spesse volte doveva essere non comune. Il Giureconsulto, trattando del caso in cui essendo per avventura richiesto un servo o qualche animale; e questo fosse morto senza colpa del possessore, domanda se si debba restituire il prezzo; e risponde che parecchi tengono l' opinione negativa: egli però soggiunge essere cosa più giusta che l' attore si debba risarcire pel danno sofferto. Dunque in questo caso v' erano due opinioni discordi, e Ulpiano, senza por mente a quello che in tempi più remoti fosse piaciuto a Cassio od a Sabino, si attenne a quella sentenza, che gli parve più adattata a' tempi suoi (255). Il medesimo Giureconsulto, discorrendo il caso in cui fosse stato gratuitamente concesso il diritto di abitazione, domanda quale azione si dovesse promuovere, e risponde che Viviano fu di avviso che si dovesse promuovere quella di commodato: il giureconsulto, recedendo dalla opinione di lui, dice doversi invece promuovere quella di parole prescritte (256). Giavoleno, trattando il caso in cui un testatore aveva nominatamente lasciato due statue di marmo, e poi ogni marmo, dice che Cascellio fu di opinione che, in fuori delle due statue di marmo nominate, non fosse dovuta altra statua: questa sentenza fu seguita da Labeone e da Giavoleno; Ofilio e Trebazio furono di opinione contraria (257). Procolo trattando il caso in cui un testatore avea legato il vino coi vasi discorda apertamente dall' opinione di Trebazio, il quale voleva che non fosse dovuto il vino compreso nelle botti (258). Questi esempi, de' quali, volendo, si potrebbe formare un volume (259), non provano abbastanza che non può

(254) L. 4. ff. de his qui not. inf.
(255) L. 15. §. ult. ff. de rei vind.
(256) L. 17. ff. de praescr. verb.
(257) L. 100. §. 1. de legat. 3.
(258) L. 15. ff. de tritic. vin. vel. ol. leg.
(259) Veggansi le l. 4. §. 2. de eden. l. 7. §. ult. de pact. l. 11. §. 2. de his qui not. inf. l. 11. §. 10. ad leg. Aquil. l. cum quidam, 4. de instruct. vel instrum. leg. l. pediculis, §. 1. de aur. arg. mund. ornam. leg. e simili.

mancare di contraddizioni un' opera che fu formata con le opinioni di que' medesimi giureconsulti che spesso furono tra loro in opposizione? Forse perchè Giustiniano o Triboniano riunì le loro risposte in un sol corpo, dovettero immedesimarsi, cambiarsi, disdirsi? Ottimamente osserva il Vinnio essere cosa ben puerile il voler credere che niuna contraddizione si trovi nel corpo della ragione civile per questo, che il disse Giustiniano, o a Giustiniano il persuase Triboniano (260).

L. Si eum, 10.

§. Qui injuriarum, 2.

Si desume da questa legge che qualora la lite non sia col defunto contestata, per diritto civile l' azione d' ingiurie non passa agli eredi nè contro gli eredi. Per diritto canonico l' azione d' ingiurie passa agli eredi e contro gli eredi, quantunque la lite non sia col defunto contestata (261). Oggigiorno convien distinguere se si tratta di azione criminale o civile. Se si tratta di azione criminale e l' ingiuria sia atroce, perchè resa tale dalla circostanza di tempo, di luogo, di persona o di modo, è inutile disputare se l' azione passi, o no, agli eredi, e contro gli eredi, mentr' essa viene esercitata dal pubblico ministero. Se si tratta di azione criminale e l' ingiuria sia lieve, sarei di avviso che siccome in essa per lo più si procede ad istanza della parte lesa, così nell' uso del foro fosse meglio consentanea la disposizione del diritto romano (262).

Quanto all' azione civile derivante dal delitto, l' ommissione degli atti per parte dell' offeso fa presumere la remissione dell' ingiuria, e quindi non dubito che per l' odierna legge, a termini del diritto romano, l' azione d' ingiurie non competa nè agli eredi nè contro gli eredi, qualora non sia stata dal defunto promossa (263).

L. Quotiens, 13.

Dice Giuliano che ogni qual volta un servo prometta di comparire in giudizio o altri prometta per lui che comparirà, non ha luogo la

(260) Quist. scelt. vol. 1. cap. 40.

(261) C. 5. de raptor.

(262) Carpzov. p. 1. const. 7. def. 13. n. 5. Raynald. observat. cap. 11, §. 7. n. 11. et seq. Carmignan. Elem. jur. crim. §. 973.

(263) Reg. Organ. di proced. crim. art. 12.

stipulazione, nè il mallevadore è tenuto, giacchè il servo non può chiamare, nè essere chiamato in giudizio.

Ritengo che questa legge sia inutile I. perchè tra noi non sono servi, i quali non abbiano legittima persona di stare in giudizio, II. perchè non può farsene alcun' applicazione a' figli di famiglia (264), III. perchè se pure potesse farsene qualche applicazione a' figli di famiglia o a qualunque altra persona simile, non v' ha cosa in essa, la quale non sia precedentemente ripetuta da Ulpiano (265).

(264) L. 2. §. 2. n. 3, qui sat. cog.

(265) Se un servo, dice questo giureconsulto, prometta di comparire in giudizio, non ha luogo la stipulazione nè contro lui, nè contro i mallevadori di lui l. 9. princ. hoc. tit.

TITOLO XII.

DELLE FERIE, DELLE DILAZIONI E DE' DIVERSI TEMPI.

SOMMARIO

I. *Osservazioni sul presente titolo.*
II. *De' giorni sacri o feriati presso i Romani.*
III. *De' giorni non sacri o profesti.*
IV. *De' giorni nefasti.*
V. *Differenza fra' giorni feriati e nefasti.*
VI. *Divisione delle ferie secondo l' uno e l' altro diritto.*
VII. *Differenza tra ferie e dilazioni.*
VIII. *Delle dilazioni in generale.*
IX. *Della dilazione citatoria. Diritto civile e canonico.*
X. *Pratica del foro, e leggi odierne.*

I. La chiamata in tribunale e la cauzione di comparire in giudizio non avevano alcun effetto, qualora il giorno fosse stato feriato o il reo avesse ottenuto una dilazione. Per la qual cosa i compilatori delle Pandette, dopo aver trattato della chiamata in tribunale e della cauzione che soleva per tale effetto interporsi, soggiungono immediatamente il titolo delle ferie e delle dilazioni. Il diritto canonico forma di questa materia due titoli separati, i quali hanno correlazione col presente. La terza parte della rubrica tratta de' diversi tempi; ma, discorrendo tutto il titolo, niuna parola troviamo di questi diversi tempi, e molti fra gl' interpreti, anche più accreditati, non sanno decidere con qualche certezza quello che Triboniano abbia avuto intendimento di promettere. È senza dubbio certo che la rubrica del titolo propone assai più di quello che il titolo non contiene; e quest' ommissione, o, se vogliamo, soprabbondanza, non è molto lodevole.

II. I Romani, al pari di tutti gli antichi popoli, sebbene inviluppati negli errori delle loro fallaci e superstiziosissime religioni, stabilirono alcuni giorni, ne' quali, tacendo il garrito e le dispute forensi, come ogni altra sorta di affari, si dovesse unicamente attendere a' sacrificii. Questi giorni, perchè dedicati alla grandezza dell' essere che la religione onorava, si chiamavano sacri, festi o feriati.

Le ferie erano di due specie; pubbliche e private: le prime si dividevano in stative, concettive e imperative; le seconde in familiari e personali.

Férie stative chiamavansi quelle ch' erano comuni a tutto il popolo, e che per lo più venivano in un' epoca determinata dell' anno. Tali erano i giorni festivi destinati ad Agonio, a Carmenta e ad Evandro. Ferie concettive si appellavano quelle che non avevano un' epoca determinata; ma che per lo più si prefiggevano ad arbitrio de' magistrati, tali erano le ferie latine, le paganali, le cementine e le compitali. Ferie imperative si dicevano quelle che per ordinario si stabilivano ad arbitrio de' consoli o de' pretori in qualche occasione rimarchevole come ne' giorni di vittoria, o simili di pubblico giubilo.

Ferie famigliari si chiamavano quelle che erano proprie di qualche famiglia, come l' Emilia, la Claudia, la Cornelia ed altre; ferie personali si appellavano quelle ch' erano proprie di chiunque, avuto riguardo alla circostanza in cui si trovava, come ne' giorni di espiazione, de' funerali e natalizi.

III. A' giorni sacri si opponevano i profani o profesti, ossia non feriati; questi si dividevano in fasti, in comperendini, in comiziali e in stati. Ne' giorni fasti il pretore soleva sempre tener ragione e pronunciare la formola usitata, *do, dico, addico,* senza che si potesse allegare veruna eccezione. Giorni comperendini erano quelli, in cui le parti, già comparse in tribunale, formavano il vadimonio. Ne' giorni comiziali si faceva licenza di poter agire e trattare col popolo. Ne' giorni stati si poteva agire co' stranieri. Ne' giorni fasti, propriamente detti, il pretore poteva tener ragione per tutto il corso della giornata; se per avventura egli non avesse potuto tener ragione che in qualche parte della medesima, il giorno non era fasto che in parte, e si chiamava interciso (266).

IV. Oltre i giorni sacri, ne' quali in onore della divinità vietavasi ogni sorta di affari, erano anche altri giorni ne' quali si vietavano unicamente gli affari e i clamori forensi solo pe' bisogni degli uomini. Questi giorni, a differenza di quelli in cui si poteva agire chiamavansi nefasti. Giorno nefasto era la vigilia delle calende di gennajo,

(266) Altri giorni avevano i Romani specialmente designati, come i preliari, non preliari, i giusti, gli atri, gl' inominali e simili. La cognizione del calendario giudiziario era sul principio esclusivamente propria de' soli patrizi e de' Pontefici, i quali affine di tener soggetti i plebei, lo custodivano con segretezza. Ma nell' anno di Roma 449 un certo Cneo Flavio, segretario di Appio Claudio, gli sottrasse la raccolta delle azioni di legge e la distinzione de' giorni del calendario, rendendoli di pubblica ragione l. 2. §. 7. ff. de orig. jur. Plin. Hystor. nat. lib. 33. cap. 1. I Giureconsulti e i Patrizi si offesero gravemente di questo fatto; Cicer. pro Murena c. 11. ma i plebei n' andarono assai lieti, e mediante il loro favore Flavio fu nominato tribuno, senatore ed edile curule d. l. 2. §. ff. de orig. jur.

i giorni delle messi e delle vendemmie, quelli delle dilazioni concesse a' debitori, e finalmente quelli de' mercati, ne' quali non era lecito convenire chiunque per vendere o comperare si fosse ivi trasferito.

V. Da tutto quello che abbiamo sinora esposto facilmente si rileva che somma differenza era presso gli antichi fra giorni feriati e nefasti. Conciossiacchè ne' primi non solo si vietavano i piati e litigi forensi; ma eziandio qualunque altra sorta di affari, e solo in onore della divinità: ne' secondi erano solamente vietate le brighe del foro, non gli altri affari, e solo pe' bisogni degli uomini (267). Oggigiorno però, senza distinguere il feriato dal nefasto, tutti i giorni ne' quali i tribunali fanno vacanza, si chiamano generalmente ferie.

VI. Quelle ferie che non venivano in un'epoca determinata dell'anno, erano, come attesta Macrobio, prefisse da' magistrati. Ma dopo che, caduta la repubblica, i diritti de' magistrati fecero passaggio negl' Imperatori, il diritto di ordinare le ferie fu riserbato solamente a' principi, e, d' allora in poi, a differenza delle solenni, si chiamarono imperiali. Abbracciato il cristianesimo, vennero quasi al tutto aboliti que' giorni festivi, che gli antichi gentili avevano consacrato all' adorazione de' loro falsi numi, e furono surrogati altri giorni di precetto in onore del vero ed unico Dio, come la domenica, i giorni di Natale, di Pasqua, Pentecososte, e simili (268).

Dopo cessata la differenza, di cui abbiamo fatto menzione nel quinto numero di questo titolo, secondo la mente dell' uno e l' altro diritto, le ferie si possono in proposito dividere in sacre, umane, e repentine.

Ferie sacre, ossia solenni, si chiamano quelle che vennero precipuamente istituite in onore di Dio o del suo culto, come la Domenica, i giorni di Natale, di Pasqua, di Pentecoste ed altre feste di precetto, di cui si fa menzione nel corpo del diritto Canonico, massime in una Bolla del Pontefice Urbano VIII, la quale pone ordinatamente le ferie sacre o feste di precetto, osservabili in tutta la Chiesa universale (269). Nella Domenica ed altri giorni di precetto non solo rimangono sospesi gli affari giudiziali; ma eziandio tutte le opere servili ed i mercati (270).

(267) La qual differenza si rende manifesta dagli stessi aggiunti del giorno; imperciocchè feria proviene da *feriendis victimis*, e nefasto da *nefari*: il primo significa che tal giorno era destinato al sacrificio delle vittime; il secondo significa che al pretore *ne fas erat* di tener ragione.

(268) L. 7. 8. 11. Cod. de fer. c. 1. et ult. eod.

(269) C. 1. et ult. de fer. Veggasi il Bollar. Rom. const. universa, 161. del detto Pontefice.

(270) Veggasi quello che abbiamo detto nella legge seguente.

Ferie umane chiamansi quelle che furono principalmente istituite per la necessità e pe' bisogni degli uomini, come i giorni delle messi e delle vendemmie (271).

Ferie repentine si chiamano quelle che non hanno una certa e stabile sanzione; ma che per qualche straordinaria circostanza si possono prefiggere ad arbitrio del principe.

VII. Le ferie e le dilazioni differiscono in questo, che le prime sono principalmente istituite in onore e pel culto di Dio o pe' bisogni degli uomini; le seconde si sogliono per lo più concedere in vantaggio delle parti litiganti, e spesse volte anche sopra istanza delle medesime, acciocchè nel tempo intermedio possano meglio istruirsi, e prendere cognizione de' loro diritti con maturità di deliberazione. Quelle sono stabili, determinate e permanenti; queste, almeno secondo la ragione comune, sono spesse volte arbitrarie, essendo talvolta rimessa al criterio del giudice la facoltà di concederle.

VIII. Le dilazioni, prese nel significato generale, sono di due sorta; giudiziali e stragiudiziali. Le dilazioni stragiudiziali non sono il soggetto del presente titolo; epperò non faremo parola che delle prime. L'Ostiense le divide in sedici specie, e un Guglielmo Duranti, più minuto dell' Ostiense, in ventiquattro. Troppa particolarità, la quale, a mio credere, serve più a confondere che ad istruire. Il Vallense, assumendone la divisione dalla causa efficiente, ne forma tre specie; cioè legali, convenzionali e giudiziali: altri, derivandola dalle tre parti del giudizio, le spartono in citatorie, deliberatorie, ricusatorie, probatorie, allegatorie, definitorie ed esecutorie. La materia di questo titolo e quella che fu discorsa ne' precedenti, ci fa conoscere che i compilatori delle Pandette trattano in questo luogo di quella dilazione che soleva anticamente precedere la contestazione della lite, e che da' pratici e da' forensi viene distinta col nome di citatoria. Il diritto Canonico ha seguito le medesime traccie (272).

IX. Più volte osservammo che secondo l'antico modo di procedere de' Romani, il reo, chiamato dall' avversario, doveva immantinente seguirlo in tribunale. Se il reo voleva esentarsi dal seguirlo all' istante, era in obbligo di prestare la cauzione, stipulando con l' attore il giorno della comparsa. La dilazione veniva stabilita fra le parti, e il magistrato aveva la facoltà di prorogare il termine, qualora per avventura l' avesse giudicato troppo breve (273). Trovo parecchi fra gli

(271) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 4. di questo titolo.
(272) Reiffen. in lib. II. Decret. tit. 8. n. 16. 17.
(273) Veggasi quello che abbiamo detto nelle l. 8. tit. VIII. di questo libro.

Interpreti e non pochi fra' Canonisti, i quali sono di avviso che per diritto romano il termine a comparire fosse lo spazio di dieci giorni; e che, mancando il reo alla prima citazione, si dovesse ripetere la seconda, ed anche la terza, con un termine a comparire uguale alla prima (274). Io non nego che per diritto romano facesse mestieri di tre citazioni in caso di contumacia, e che dall' una all' altra dovesse decorrere lo spazio di dieci giorni (275); nego però che fossevi bisogno delle tre citazioni e del suddetto spazio di tempo, prima della contestazione della lite; mentre i sopraccitati testi parlano della citazione e del tempo che si soleva concedere al reo, dopo che l' affare era portato dinanzi al giudice pedaneo; laddove, come a tutti è noto, a' tempi degli antichi la lite si contestava dinanzi al pretore. Forse dacchè cadde dall' uso la distinzione fra magistrato e giudice, fra cose fatte in tribunale e fatte in giudizio, la procedura che prima aveva luogo dinanzi al giudice pedaneo, si confuse con quella che avea luogo dinanzi al pretore, e nella pratica de' vecchi tempi si conservò il costume di citare più volte, con termini prefissi dalla legge, prima che si contestasse la lite. Alcuni ritennero che la suddetta disposizione del diritto romano fosse abrogata dal diritto delle Autentiche, le quali prescrivono che tra una citazione e l' altra debba decorrere lo spazio di trenta giorni (276); ma altri furono di avviso che la disposizione delle Autentiche riguardi un caso speciale; e che perciò non si debba estendere a tutti casi in generale. Ma, qualunque sia la verità delle cose, cioè se fra l' una citazione e l' altra debba decorrere lo spazio di dieci giorni, come vogliono i testi del diritto romano; o se debba decorrere lo spazio di un mese, come sembra volere il diritto delle Autentiche; certo è che, tanto per diritto civile che per diritto canonico, salvo il caso della citazione perentoria, il giudice poteva limitare o prorogare il termine delle dilazioni avuto riguardo alla qualità della causa, alla condizione delle persone, alla distanza de' luoghi, alla durata del tempo e a qualunque altra circostanza che gliene avesse fornito un ragionevole motivo (277). Quin-

(274) L. 68. ff. de. jud.
(275) L. 69. ff. eod.
(276) Auth. de litigiosis, §. omnem vero, collat. 8.
(277) C. consuluit., 24. de offic. delegat. c. Ex libris, 4. de in integ. rest. c. cum sit romana, 5. de appellat c. quod ad consultationem, 15. de sent. et re jud. l. oratione, 7. ff. hoc tit.

di la Glosa e parecchi altri s' avvisarono che il termine delle dilazioni citatorie fosse arbitrario e rimesso al criterio del giudice (278).

X. Ma la consuetudine universale di quasi tutte le nazioni, derogando a' principii dell' uno e l' altro diritto, prefisse alla suddetta dilazione un termine più o meno lungo secondo la qualità de' giudizi e l' estensione de' rispettivi territori, togliendo questa materia all' arbitrio del giudice, e regolandola con particolari statuti (279). Secondo gli odierni regolamenti il termine della dilazione citatoria, per quelli che hanno domicilio e dimora nello stato, è di tre giorni nelle citazioni avanti i governatori, assessori o altri giusdicenti, e avanti a' tribunali di commercio; è di otto giorni nelle citazioni avanti i tribunali (280). Ne' casi che richieggono celerità, i governatori, assessori, o altri giusdicenti, e i presidenti dei tribunali, possono permettere che si citi a più breve termine, salvo sempre l' aumento proporzionato alla distanza de' luoghi (281). I termini delle citazioni per quelli che dimorano fuori dello Stato Pontificio, sono di quaranta giorni, se dimorano in uno stato confinante; di sessanta, se dimorano in uno stato non confinante, ma situato in Italia; di cento, se dimorano fuori d' Italia, ma nell' Europa; di un anno, se dimorano fuori dell' Europa (282).

L. Ne quis, 1.

SOMMARIO

Se negli odierni costumi possa aver luogo la citazione in giorno feriato.

Stabilì Marco, l' imperatore, che niuno potesse costringere il suo avversario a comparire in giudizio nel tempo delle mèssi e delle ven-

(278) Glos. in c. 2. vers. plene potuit. de fer. Hostiens. in summ. n. 2. hoc tit. Reiffen. in lib. 2. Decret. tit. 8. n. 28. in fin.

(279) Comunemente i Dottori nel c. 1. de fer.

(280) Regol. giud. art. 477.

(281) Regol. giud. art. 478.

(282) Regol. giud. art. 479. Poco differiscono, riguardo a' termini delle dilazioni citatorie, le disposizioni de' rimanenti Codici Italiani. Ma nella procedura avanti parecchi giudici, come quelli di pace in Francia, o di circondario nelle D. S., l' intervallo fra il giorno della citazione e quello della comparsa per legge non è che di un giorno, salvo l' aumento proporzionato alla distanza de' luoghi Cod. di proced. Franc. art. 5. Cod. di proced. delle D. S. art. 107. Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 19. tit. IV. di questo libro.

demmie. E ciò per questo, che quelli che sono occupati nelle rustiche faccende non debbono essere costretti ad abbandonarle, per comparire nel foro. Questa legge, accordando una certa qual specie di immunità, dice ch' essa non compete, se non nel tempo delle messi e delle vendemmie; conciossiacchè sarebbe di pubblico pregiudizio il molestare quelli che attendono a mietere e vendemmiare. Siccome il Giureconsulto fa espressa menzione di quelli che sono occupati nelle messi e nelle vendemmie, parecchi inferirono che la suddetta immunità non si dovesse estendere a quelli che in tali occupazioni non sono versati. La quale opinione non manca per certo di fondamento, e viene apertamente confermata da alcune leggi del Codice (283). Nulladimeno l' opinione contraria, sebbene non abbastanza provata, è più comune, e oggigiorno in pratica non ammette alcun dubbio (284).

I giorni delle messi e delle vendemmie erano fra' Romani nefasti; gli affari giudiziali rimanevano sospesi, e non si poteva chiamare l'avversario dinanzi al pretore. Oggigiorno però che, come altrove osservammo, la chiamata non si usa altrimenti col porre le mani addosso, nè costringe il reo a lasciare sul fatto le sue occupazioni per seguire l' avversario in tribunale, questa disposizione delle leggi romane sarà conveniente agli odierni costumi? E, riducendo la quistione a termini più generali, oggigiorno che la forma del processo giudiziario è totalmente cambiata, sarà, o no, lecito di citare in giorno feriato? Questo dubbio è sorto attualmente in più di una curia, e noi non staremo in proposito di manifestare la nostra opinione.

Le ferie sono di due specie: divine ed umane (285).

Le ferie divine sono istituite in onore di Dio e del suo culto. I cinque precetti generali della Chiesa, noti a qualunque cattolico, ingiungono l' osservanza delle feste, e questo comandamento è spesso ripetuto dalle leggi Canoniche (286). Laonde non possono in tali giorni aver luogo mercati, lavori, opere servili, pene, placiti, giudizi, e qualsivoglia altra cosa o negozio, che disturbi i fedeli dalla contemplazione dell' Altissimo (287): quindi neppure la citazione, la quale è anch' essa parte de' giudizi (288). Tuttavolta si vogliono in proposi-

(283) L. 1. Cod. de agr. et censit.

(284) Brunemman. in d. l. 1. Cod. de agr. et censit. Hillig. in Donell. lib. 4. cap. 70. Carpzov. p. 1. const. 3. def. 22. Scaccia, de appell. cap. 6. n. 147.

(285) Veggasi quello che abbiamo detto nel principio di questo titolo, n. 6.

(286) C. nullus et seq. de consacr. diss. 3. et tit. de fer.

(287) C. 1. hoc. tit.

(288) C. quoniam, de probat. junct. c. ult. hoc tit.

to distinguere le ferie o feste di precetto, da quelle che non sono di precetto. Nelle ferie o feste che non sono di precetto, possono aver luogo i mercati, i lavori, e generalmente tutte le opere servili, nè i fedeli sono per legge obbligati a quelle opere di pietà, religione e dovere, alle quali sono obbligati nelle feste di precetto. Donde non militano nelle feste di questo secondo genere quelle ragioni che militano nelle feste del primo, per escludere la citazione, la quale è parte di giudizio, ma impropiamente parlando (289). Io non nego che a termini della ragione comune sia forse più conveniente il sostenere che la citazione non possa aver luogo in qualsivoglia giorno feriato in onore di Dio. È però altrettanto vero che la pratica universale di quasi tutte le nazioni deviò da' principii del diritto comune, ed ammise che si potesse citare in giorno di ferie divine, purchè non fossero di precetto (290). La qual consuetudine, come osservano i Canonisti, tien luogo di legge (291) e non si dee derogare (292). L'odierno regolamento legislativo e giudiziario confermò, a mio credere, le antiche consuetudini; imperciocchè prescrivendo esso che la citazione sia nulla, allorchè venga fatta in giorno feriato di precetto (293) implicitamente dispose che fosse valida qualora il giorno, in cui venisse fatta, non fosse di precetto. Ed in fatti, nella numerazione degli atti da esso proibiti in genere nel tempo delle ferie divine, non trovasi la citazione. Se la legge avesse voluto proibirla, l'avrebbe espresso, come ha espresso che non possano farsi arresti personali, sequestri esecutivi, pignoramenti, incanti, vendite giudiziali e l'esecuzione coattiva delle sentenze che non riguardano crediti pecuniari (294). Parmi che in questo modo una legge dichiari l'altra in termini abbastanza evidenti (295).

(289) Vinnio, quist. scelt. lib. 1. cap. 5.

(290) Abbas. in c. conquestus, n. 20. hoc tit. Joan. And. ed altri citati dal Fagnani, in d. c. conquestus, n. 41. de fer. Reiffen. in lib. 2. Decret. tit. 9. n. 62. Vant. de nullit. sent. ex def. cit. n. 46. Ab Eccles. obs. 77. n. 35. Gail. lib. 1. obs. 53. n. 5. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 4. tit. 39. §. 2096. Scaccia, de jud. lib. 1. cap. 32. n. 9. Schmalz. in Decret. tit. de fer. pars. 2. n. 36. Ruota Decis. 1. alias. 367. n. 1. et 2. de fer. in nov.

(291) L. minime ff. de legib. junct. cap. ult. de consuet.

(292) Fagnani, in. d. c. conquestus, e gli autori ivi allegati.

(293) Reg. giud. art. 417.

(294) Reg. giud. art. 1159.

(295) L. non est novum, ff. de legib. In alcuni luoghi, come in Francia i giudici di pace, nel regno delle Due Sicilie i giudici di circondario, possono procedere al disimpegno dello loro funzioni e giudicare anche in giorno di Domenica. Cod. di proced. Franc. art. 8. Cod. di proced. delle D. S. art. 110.

È comune opinione che nelle ferie destinate in vantaggio degli uomini, non ostante la disposizione delle leggi romane, la citazione possa aver luogo, purchè non si chiami a comparire in giorno feriato, il che in pratica non ammette alcun dubbio (296).

L. Sed si praetor, 1.

SOMMARIO

Negli odierni costumi da ogni sentenza nulla si dee appellare.

La sentenza proferita in giorno di ferie per diritto civile è valida, qualora sia stata proferita con l' assenso delle parti; se una di esse dissenta, la sentenza è nulla, e come tale non ha bisogno di appello (297).

Ne' libri delle Istituta osservammo che contro i principii del diritto romano nella pratica universale di tutte le nazioni fu comunemente ammesso che da ogni sentenza, comecchè ipso jure nulla, si dovesse appellare o ricorrere per l' annullamento (298). Considerando adunque in proposito che il giudice in tempo di ferie non ha giurisdizione, essendogli sospeso l' esercizio della medesima (299), e che mancando di giurisdizione, diventa assolutamente incapace di tener ragione

(296) Reiffen. in lib. 2. Decret. tit. 2. n. 56. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 4. tit. 39. §. 2096. Ab Ecclesia, obs. 77. n. 34. Fagnani in d. c. conquestus n. 56. hoc tit. Per diritto civile la citazione è nulla, se il giorno in cui scade sia feriato. Bartolo in l. liber homo, §. decem hodie n. 1. ff. de verb. obl. Gail. lib. 1. obs. 53. n. 2. Per diritto Canonico è valida, sebbene il giorno in cui scade sia di domenica, mentre si suppone ch' essa debba aver effetto il giorno susseguente. Felin. in cap. quoad consultationem n. 3. et 4. de re jud. Gail. lib. 1. d. obs. 53. n. 2. Cristin. vol. 2. decis. 158. n. 15. Ant. Matth. de jud. disp. 5. th. 12. Voet, comm. ad Pand. hoc tit. n. 4. Perez. comm. ad Cod. tit. 12. n. 9, hoc tit. arg. c. cum dilecti de dol. et cont.

(297) E' duopo osservare che le ferie divine sono istituite in onore di Dio; e che perciò, sebbene le parti tacitamente o espressamente vi consentissero, nulladimeno non si potrebbe in tali giorni proferire alcuna sentenza c. licet, et c. fin. de fer. l. omnes judices, l. dies festos Cod. eod. E in fatti, sarebbe un assurdo che il consenso de privati potesse di sua posta intervertire quelle pubbliche leggi che furono fatte in onore dell' Altissimo. Ab Eccles. obs. 77. n. 2. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 4. tit. 39. §. 2092. Marant. de ord. jud. quaes. 4. dist. 16. n. 83. Scaccia, de jud. lib. 2. cap. 5. n. 18.

(298) Brunemman. in hac. l. 1. n. 5. hoc tit. Veggasi quello che abbiamo detto nel §. principal. n. 3. tit. XVII. lib. IV. Istit.

(299) Bald. in l. cum antea, Cod. de arb.

e giudicare (300) sono di avviso che nel caso in quistione la parte dissenziente e condannata, dovesse oggigiorno proporre la nullità in via di ricorso al tribunale supremo di Segnatura per la circoscrizione o l'annullamento degli atti (301).

§. Sed excipiuntur, 2.

L. Eadem oratione, 2.

L. Solet etiam, 3.

Non ostante le ferie, si può nulladimeno agire, citare e procedere in causa qualora la dilazione rechi pregiudizio, e ne' casi di urgenza. Concordano con le romane le leggi canoniche, la pratica del foro e gli odierni regolamenti (302).

L. Praesides, 4.

SOMMARIO

Le ferie delle messi non sono presso noi osservate.

Le ferie istituite pel vantaggio degli uomini, quali erano quelle delle messi e delle vendemmie, si prefiggevano anticamente ad arbitrio dei presidi, secondo la condizione delle rispettive provincie. Sotto gli Imperatori di Oriente il tempo di queste ferie, tolto all' arbitrio de' presidi, fu stabilito dalle leggi. Per diritto comune due erano i mesi feriati; cioè quello delle messi e quello delle vendemmie; il primo entrava col giorno ottavo delle calende di luglio, e terminava alle calende di agosto; il secondo principiava dal giorno decimo delle calende di settembre fino agl' idi di ottobre (303).

Le uve, le messi e generalmente tutti i frutti della terra, non in ogni luogo si maturano nello stesso tempo. Il rigore e la clemenza di

(300) Vant. de nullit. sent. ex def. jurisd. n. 129. 130.

(301) Reg. giud. art. 791.

(302) C. fin. et ibi Glos. et Abb. n. 13. de fer. Gail. obs. pract. lib. 1. obs. 53. n. 13. Mandos. de commis. com. 13. Surd. tract. de alim. tit. 8. priv. 2. n. 12. Farinacc. quaest. crim. lib. 1. quaest. 27. n. 107. Maranta, de ord. jud. pars. 4. dis. 16. n. 92. Scaccia, de jud. lib. 2. cap. 5. n. 28. 35. Reg. giud. art. 1159.

(303) L. 2. Cod. hoc tit.

un clima più o meno aspro, più o meno dolce, in alcun luogo ne ritarda, e in altro ne affretta lo sviluppo. Era quindi impossibile che una legge uscita sotto il cielo di Costantinopoli fosse adattata al cielo di tutte le nazioni. I Longobardi non l'osservarono (304), e la giurisprudenza statutaria, derogando a' principii del diritto comune, prefisse le ferie delle messi e delle vendemmie secondo la particolare condizione del proprio paese (305). Lo statuto di Roma imponeva principio alle ferie delle messi dopo l'ottavo giorno di luglio, e queste duravano sino alla vigilia dell' assunzione: le ferie delle vendemmie si concedevano ad arbitrio del giudice, qualora la parte litigante avesse affermato con giuramento sè essere occupata nelle vendemmie (306). Oggigiorno, senza punto distinguere le ferie delle messi da quelle delle vendemmie, le ferie generali per tutti i giudici e tribunali, anche Ecclesiastici di Roma e dello Stato, cominciano col primo giorno del mese di ottobre, e cessano col giorno undici del mese di novembre, salvo le particolari disposizioni pe' giudici e tribunali delle provincie di Bologna e di Ferrara (307).

Giova osservare che tra le ferie umane Giustiniano pose anche le ferie estive, le quali entravano sul principio del mese di luglio. Per antica usanza furono queste ferie osservate dal tribunale della S. Ruota (308) e tuttavia si osservano a' giorni nostri (309).

L. Pridie., 5.

Nella vigilia del mese di gennajo solevasi a Roma conferire il consolato, la pretura e generalmente tutte le cariche e dignità. Siccome i magistrati, essendo prossimi a lasciare l'officio, non tenevano ragione e neppure comparivano ne' tribunali, così il giorno si riteneva come feriato. Oggigiorno la vigilia del mese di gennajo è generalmente compresa nelle ferie in onore di Dio (310).

(304) Scaccia, de jud. lib. 2. cap. 5. n. 178. Maranta, de ord. jud. pars. 4. dist. 16. n. 61.
(305) Scaccia, de jud. lib. 2. cap. 5.
(306) Scaccia, loc. cit.
(307) Editto 17. Dicembre 1834. art. 318.
(308) Scaccia loc. tit.
(309) Ruota, nella Romana damnorum, 4. Settembre 1840. Alberghini.
(310) Regol. giud. art. 1160.

L. Si feriatis, 6.

SOMMARIO

Se mediante il consenso delle parti si possa oggigiorno agire ne' giorni delle ferie generali anche ne' casi dalla legge non eccettuati.

Dice il giureconsulto che, non ostante le ferie delle messi e delle vendemmie, si può nulladimeno agire, qualora vi sia il tacito o l'espresso consenso delle parti. La ragione è che le ferie umane sono introdotte a vantaggio degli uomini, e ciascuno può rinunciare al beneficio o favore che la legge gli concede. Concordano con le romane le leggi canoniche e l'antica pratica del foro (311).

Noi osservammo che ne' casi di speciale urgenza e in quelli ne' quali la dilazione avesse potuto recar pregiudizio era lecito per diritto romano di agire anche in tempo di ferie, comecchè non vi fosse che il consenso di una parte sola (312). La disposizione di questa legge non era dunque applicabile nè a' casi di urgenza, nè a quelli in cui vi fosse stato pericolo nel ritardo; ma solo a quelli, in cui, non essendo nè pericolo nè urgenza, le parti di loro spontanea e reciproca volontà avessero voluto ed amato di agire e procedere in causa. Dubito però se tale disposizione delle leggi romane e dell' antico diritto Canonico, abbracciata nella vecchia pratica possa aver luogo anche dopo le moderne riforme, per le quali venne generalmente stanziato che durante le ferie i giusdicenti e tribunali negli affari civili non debbano tenere che *una sola udienza alla settimana* per trattare le cause che esigono celerità, e tutte quelle in cui si tratta di atti esecutori; e *un' udienza straordinaria* ne' casi di speciale urgenza. Parmi che se per consenso delle parti si potesse procedere anche ne casi dalla legge non eccettuati, il proposito del legislatore, il quale fu quello di limitare e sospendere in tempo di ferie la giurisdizione de' giudici e tribunali, si renderebbe la sua parte inutile. E vaglia il vero, il legislatore, dopo prescritto il tempo delle ferie e la regola generale, scende alle eccezioni, e dice, i giusdicenti e' tribunali *terranno una sola udienza* ne' casi che esigono celerità; e un' altra *straordinaria* ne' ca-

(311) C. ult. in fin. de fer. et ibi ABBAS. n. 11. in fin. GLOS. in clem. saepe de verb. signif. MARANTA, de ord. jud. pars. 4. dist. 16. n. 83. SCACCIA, de jud. lib. 2. cap. 5. n. 156.

(312) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 1. §. 2. l. 2. l. 3. di questo titolo.

si di speciale urgenza. La legge dice *una sola* tassativamente; e questa *sola*, pe' casi ch' esigono celerità, non per quelli in cui le parti consentono a litigare; e una *straordinaria* ne' casi di urgenza. Dunque solo l' urgenza può dar luogo a un giudizio straordinario: se potesse dar luogo a un giudizio anche il consenso delle parti, il caso di urgenza non verrebbe più a stabilire quell' unico giudizio straordinario che il legislatore ha eccettuato dalla regola generale, e neppure sarebbe straordinario. E giova anche osservare chè il modo di esprimersi della suddetta legge è imperativo, assoluto, e per conseguenza toglie al magistrato ogni facoltà di far uso dell' arbitrio (313). Il che è per tutto conveniente allo spirito delle odierne riforme, scopo delle quali fu quello di restringere, più che fosse possibile, quell' antico illimitato arbitrio de' magistrati che li rendeva più legislatori che giudici.

Il susseguente §. 320 viene in acconcio per sempre più confermare la nostra opinione; conciossiacchè, prescrivendo il medesimo che pe' tribunali di commercio non sonovi ferie, deroga quindi alla regola generale, dando facoltà a' tribunali di limitare le loro udienze a una sola per settimana. Ma in questo caso, volendo la legge concedere qualcosa all' arbitrio de' giudici, usa il linguaggio proprio, e dice *potranno limitare*, non *limiteranno*; e questa differenza di parlare stabilisce apertamente la differenza delle facoltà concesse agli uni e agli altri. Tale in proposito è la nostra opinione, per la quale ritenghiamo essere la presente legge corretta da' moderni regolamenti.

L. Oratione, 7.

SOMMARIO

Osservazione sulla presente legge.

Secondo le disposizioni del diritto romano le dilazioni per la prova si possono dare, concedere e moderare, ad arbitrio de' giudici, avuto riguardo alla distanza de' luoghi e alla qualità delle persone. Ma per diritto Giustinianeo il termine di tali dilazioni è prescritto dalla legge. Esso dura tre mesi di spazio, se si voglia far uso di strumenti o testimonii dimoranti nella stessa provincia in cui pende la lite: se gl' istromenti o i testimonii vengano ricercati in altra provin-

(313) Jubet lex prout imperative loquitur, l. 7. ff. de legib.

cia, il termine è di sei mesi; e se questa provincia sia di gran lunga remota, si estende a nove. Oltre questo termine non si può dare alcuna proroga (314). Il diritto canonico rimette le dilazioni per la prova all'arbitrio del giudice. E ciò non perchè il giudice possa negarle, aumentarle o diminuirle a suo piacimento; ma perchè possa moderarle o prolungarle, secondo che meglio gli sembra, avuto riguardo alla distanza de' luoghi, al numero de' testimonii, alla condizione delle persone, alla qualità degli affari, e a tutte le rimanenti circostanze (315). La pratica del foro seguì il diritto canonico (316). L'odierna legge di procedura ha stabilito in ogni caso i termini delle dilazioni, e quelle in cui si possono dal giudice prorogare: quella del diritto Giustinianeo non è oggigiorno in uso, essendo presso noi in questa parte più consentanea la disposizione del diritto Canonico (317).

L. More, 8.

Il giorno civile ha il suo principio dalla mezza notte, e finisce nell'altra. Presso noi gli atti di procedura non possono eseguirsi prima del levare e dopo il tramontare del sole (318).

(314) Hic, et l. 1. Cod. de dilat.

(315) C. Personas, 4. c. oblatae, 57. de appellat. c. de judiciis, 3. q. 3. PIRHING. in Decret. tit. de dilat. n. 19. REIFFEN. in lib. 2. Decret. tit. 8. n. 45. RITTERSUTH. de diff. jur. civ. et can. l. 5. c. 16.

(316) GAIL. lib. 1. obs. 53. n. 20. MERULL. prax. civ. pass. MARANTA, de ord. jud. pars. 6. §. de dilat. n. 15. BRUNEMMAN. in d. l. 1. Cod. de dilat.

(317) Reg. giud. art. 645.

(318) Reg. giud. art. 417. art. 1159. n. 1. Secondo il Codice Francese, col quale concorda il Siciliano, e poco differiscono gli altri, gli atti d'intimazione o di esecuzione non possono farsi avanti le ore sei della mattina e dopo le ore sei della sera dal primo giorno del mese di Ottobre fino al trentuno di Marzo; e avanti le ore quattro della mattina e dopo le ore nove della sera dal primo di Aprile sino al trenta di Settembre. COD. DI PROCED. FRANC. art. 1037. COD. DI PROCED. DELLE D. S. art. 1114. Veggasi il CODICE PARMENS. art. 170.

TITOLO XIII.

DELL' EDIZIONE.

SOMMARIO

I. *De' libelli; Diritto romano e Giustinianeo.*
II. *Diritto Canonico.*
III. *Pratica del foro e procedura odierna.*

I. Quando il reo, adempiendo alla sua promessa, era comparso in tribunale, l' attore, dinanzi al magistrato, dovea mediante un libello dimostrare l' azione, con la quale voleva contendere, acciocchè, conosciuta l' azione, l' avversario avesse potuto deliberare, se gli metteva più conto di cedere o di contestare la lite. Dopo questa formalità, s' impetrava dal pretore la licenza di poter promuovere l' azione come sopra dimostrata; e, formando il vadimonio, prima di partire dal tribunale s' intimava al reo di comparirvi entro un termine perentorio. La chiamata in tribunale, l' offerta del libello e l' intimazione a comparire, erano tre atti fra loro connessi; ma separati e distinti. Questa formalità con l' andare del tempo cadde dall' uso, e ne fu in suo luogo surrogata un' altra, non meno solenne, la quale da Aurelio Vittore venne attribuita a M. Antonio, il filosofo. Consisteva essa nel denunciare l' azione dinanzi al preside della provincia, o dinanzi a quelli che avevano il diritto di compilare gli atti (319). La necessità, della quale ci hanno lasciato parecchi esempi anche gli antichi autori di commedia, di aver presente alla dimostrazione dell' azione anche lo stesso avversario venne meno. Se l' attore avesse trasandato quest' atto, poteva venir respinto con l' eccezione di non denunciata lite; se non l' avesse trasandato, ma non avesse dal magistrato ottenuto l' azione, poteva venir respinto con l' eccezione di azione non ottenuta. Dal giorno della denuncia cominciava a decorrere il termine legittimo per la futura contestazione della lite. Sembra però che a' tempi di Giustiniano anche questo modo di procedere andasse in disuso. Dopo che fu introdotto il costume degli *apparitori* o commessi, che oggigiorno si chiamerebbero cursori, venne per legge stabilito che questi primi passi del cammino giudiziario si dovessero eseguire col loro intervento. L' attore, impetrata l' azione dal giudice, deponeva il

(319) L. 2. Cod. Theodos. de denun. vel edict. rescin.

libello negli atti. Il commesso, apparitore o balivo, il presentava al reo e contemporaneamente il chiamava in giudizio. Ricevuto il libello, il reo dovea sotto quello scrivere la risposta, e dichiarare il giorno in cui gli veniva presentato. Da quel tempo decorreva in suo favore lo spazio di venti giorni, acciocchè potesse intrattanto deliberare se voleva cedere, contendere o ricusare il giudice. Era in sua facoltà anche il presentarsi subito; ma s' egli amava di attendere per tutto lo spazio di tempo concessogli dalla legge, dovea prestar cauzione per mallevadori di comparire in giudizio. D' altra parte, l' attore dovea reciprocamente prestar cauzione al reo di contestare la lite entro due mesi, e di pagare la decima parte della quantità compresa nel libello di convenzione, qualora la controversia da lui mossa fosse in appresso riconosciuta ingiusta (320).

II. Il diritto Canonico che in molti punti si allontanò dalle solenni formalità del diritto romano, ne seguitò in questa parte i principii, formandone un titolo apposito (321). Quindi tutte le teorie riguardanti la dimostrazione dell' azione si ridussero sotto il titolo dell' offerta del libello. D' allora in poi ebbero origine tutte quelle sterminate quantità di lungaggini o *libellazioni* che in pratica non servivano ad altro, se non a prolungare e ritardare il corso de' giudizi con grave discapito delle parti. Imperciocchè per conformarsi alle antiche dottrine de' Romani e del diritto Canonico si volea nella vecchia procedura che l' attore, prima di citare l' avversario, ne riportasse dal giudice il permesso mediante l' offerta del libello, il quale, secondo il particolare linguaggio delle diverse curie, veniva distinto col nome di petizione, comparsa, dimanda, commissione, supplica, proposta o monitorio.

III. Fino da qualche secolo scorso in alcuni tribunali, come in quello dell' Uditore della Camera, del Vicario, del Camerlengo e del Tesoriere; e in alcune cause, specialmente nelle sommarie, l' uso di questi cerimoniosi libelli fu creduto inopportuno; e si ritenne che la semplice citazione della parte fosse bastante a tenerne luogo. Quello che prima si reputava eccezione, dopo le nuove riforme divenne regola generale, e tutte le teorie riguardanti la dimostrazione dell' azione e l' offerta del libello andarono col tempo a colpire materie che forse i Ro-

(320) Nov. 53. Nov. 96. Nov. 112. Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 24. tit. VI. e nel §. 1. tit. XVI. lib. IV. Istit.
(321) Decret. lib. II. tit. III.

mani neppur ebbero in mente (322). Presso noi la citazione tien luogo della chiamata in tribunale, della dimostrazione dell' azione o proferta del libello, e dell' intimazione a comparire. Se noi vorremo porre a confronto i requisiti della citazione con quelli che da tutti i pratici sono prefissi agli antichi libelli, li troveremo in tutto consimili. La citazione, o, come dicono alcuni pratici, il libello citatorio, si spedisce per mano di cursore: la sottoscrizione e la dichiarazione del giorno in cui viene presentata, vien fatta dal cursore medesimo, non più dal reo (223). Anticamente, secondo il diritto Giustinianeo, questa si poneva negli atti prima della presentazione, oggidì dopo la presentazione, scorso il termine nella medesima assegnato, unitamente agli originali o alle copie autentiche de' documenti relativi all' azione intentata (324). Se la causa è ordinaria, debb' essere iscritta in ruolo (325); l' iscrizione debb' essere intimata alla parte avversaria (326). Dal giorno dell' intimazione a quello in cui la causa debb' essere chiamata in udienza, dee trascorrere il tempo non minore di un mese (327). In questo tempo come in quello stabilito pel termine delle citazioni, il reo può fra sè stesso deliberare se ami meglio contendere, cedere, e se voglia o possa ricusare il giudice (328).

L. Qua quisque, 1.

Osserva il Donello (329) che la necessità imposta al reo di comparire in giudizio e satisdare, della quale abbiamo parlato ne' titoli precedenti, non poteva aver luogo, se non dopo che l' attore avesse manifestato l' azione, con la quale voleva contendere. Ma con più fondamento il suo contradittore Illigero pensa ch' ella dovesse aver luo-

(322) Forse in qualche caso le teorie del gius romano e Canonico, per una certa parità di ragione, possono essere applicabili alla materia delle citazioni; ma siccome il modo con cui debbono essere fatte ed eseguite viene oggigiorno prescritto da' vigenti Codici e regolamenti delle particolari legislazioni, così ritengo che in proposito siano la maggior parte superflue.

(323) Reg. giud. art. 475. Cod. Franc. art. 67. Cod. delle D. S. art. 161. Cod. di proced. civ. Tosc. art. 1027.

(324) Reg. giud. art. 541. Cod. di proced. Franc. art. 77. Cod. di proced. delle D. S. art. 171.

(375) Reg. giud. art. 552. 564.

(326) Reg. giud. art. 364.

(327) Reg. giud. art. 565.

(328) Veggasi quello che abbiamo detto nel princ. del Tit. I. lib. V. Dig.

(329) Comm. jur. civ. lib. 23. cap. 3.

... prima che dopo. Certo è pertanto che l' attore, dopo ottenuta ... dovea scegliere l' azione che reputava competergli, potendo per avventura accadere che in una sola fattispecie fossero competenti più azioni. Oggigiorno però, secondo i principii del diritto Canonico, la necessità di esprimere nel libello il nome dell' azione è tolta dal-l' uso (330).

§. Edere, 1.

Cinque erano i modi, con cui si poteva dimostrare l' azione: 1. se l' attore l' avesse nominata: 2. se avesse data al reo la facoltà di trascriverla; 3. se l' avesse spiegata nel libello; 4. se l' avesse dettata; e finalmente 5. se avesse condotto l' avversario all' albo delle formole proposte dal pretore; e ivi, mostrandogli l' azione, gliene avesse recitato la formola determinata. Per le ragioni allegate nella legge precedente, ritengo che il tenore di questo responso sia oggigiorno inutile (331).

§. Editiones, 2.

Dice il giureconsulto che gl' istromenti si debbono produrre senza data; e ciò sul dubbio che mediante un' antidata non si commettano frodi. Questa legge fu ripudiata dall' uso universale di tutte le nazioni (332). Oggigiorno un istromento senza data, e senza data certa, non farebbe alcuna fede, nè sarebbe ammesso a far prova; che anzi, secondo i vigenti regolamenti, tutti gli atti giudiziali, qualora non siano dalla legge specialmente eccettuati, sono individualmente soggetti alla registrazione.

L. Si legatum, 2.

Un legatario chiede all' erede la prestazione del legato: l' erede convenuto impugna l' esistenza del legato, e domanda al legatario l' e-

(330) Reiffen. in lib. 2. Decret. tit. 3. n. 18. Veggasi quello che abbiamo detto nel §. princip. tit. VI. lib. IV. Ist. Tutti i moderni Codici di procedura civile dicono, bastare che l' attore esprima nella citazione l' oggetto della dimanda e i titoli e le cause, sulle quali è fondata. Reg. giud. art. 474. n. 6. Cod. di proced. Franc. art. 1. art. 61. Cod. delle D. S. art. 101. art. 153. Cod. di proced. Parmens. art. 176.

(331) Brunemman. hic n. 3.

(332) Richer. univ. civ. crim. jur. lib. 4. tit. 39. §. 1695. Ant. Fabr. Cod. suo for. lib. 2. tit. 1. def. 2. in not. Brunemman. hic.

sibizione del testamento, onde provare la sua intenzione. Il pretore nega che il legatario sia tenuto ad esibire il testamento, perocchè in tal caso si presume che l'esemplare sia presso l'erede, non presso il legatario. A' tempi de' Romani i testamenti non si facevano per man di notaro, nè v'erano archivi, come oggidì, ne' quali si custodissero i testamenti, i contratti, e generalmente tutti gli atti pubblici, fatti a rogito loro. L'esemplare, com'è presumibile, rimaneva in mano all'erede o alle parti principali, e quelli che potevano avervi interesse, come il legatario, non potevano produrne una copia debitamente autenticata, perchè non eravi luogo, dove poterla prendere. Oggigiorno però che, mediante l'istituzione de' pubblici archivi, il legatario, come qualunque altro avente interesse, può aver copia del testamento o dell'atto a suo piacere, cessa la ragione di esentarlo da quest'obbligo; e quindi in pratica la disposizione del diritto romano non venne osservata (333).

L. Praetor ait, 1.

SOMMARIO

Degli argentai di Roma e del loro officio.

Più volte le leggi romane, e specialmente quelle del presente titolo, fanno menzione degli argentai e del loro officio; epperò non sarà intempestivo darne un cenno, per conoscere a quali cariche o persone possano oggigiorno venire assimigliati.

A Roma non erano monti di pietà, non casse di risparmio, banche, nè pubbliche depositerie: erano invece alcune taverne per istituto di Lucio Tarquinio Prisco situate nel foro, le quali in certo qual modo ne tenevano luogo (334).

Quelli che vi presiedevano chiamavansi esercitori della mensa o argentai (335); essi erano persone ricche e doviziose, le quali esercitavano una specie di traffico, permutando il danaro, dando ad usura, ricevendo depositi e costituendosi debitori o creditori per gli altri (336). Nelle loro taverne stipulavansi per lo più i contratti privati, ed essi se

(333) Ant. Fabr. Cod. suo for. lib. 2. tit. 1. def. 9. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 4. tit. 39. §. 1688. in fin.

(334) Liv. in bell. Samnitic. et in bell. Punic.

(335) Panciroł. rerum memorab. tit. 19. n. 3.

(336) §. 1. hic. et tit. ff. de const. pec.

ne rendevano mediatori (337), presiedevano ai pubblici incanti e alle auzioni private, come fanno oggigiorno i pubblici depositari, i notai e spesse volte anche i tribunali medesimi (338). Tutte queste loro ingerenze fecero riputare che l' ufficio degli argentai avesse una causa pubblica. Erano essi forse eletti pubblicamente dal senato o dal popolo, o esercitavano la loro professione con l' autorità del governo? No, al fermo. L' officio degli argentai era privato a segno che poteva esercitarsi da tutti, anche da' figli di famiglia e da' servi (339), e n' erano semplicemente escluse le donne, perocchè essendo loro vietato di entrare a mallevadrici per altri, neppure potevano per altri costituirsi debitrici; e d' altronde la qualità dell' officio riputavasi virile, e poco adattato alla capacità di una donna (340). E in fatti, sarebbe stato poco decente, e spesso molto dannoso, che una femmina presiedesse agl' incanti, dirigesse le auzioni, e s' ingerisse per proprio lucro in tutti gli affari altrui. Che anzi non solo l' officio degli argentai non veniva esercitato mediante autorizzazione del governo; ma, pel dispregio in cui era tenuto il traffico e generalmente ogni sorta di commercio, riputavasi una professione piuttosto abbietta; e gli storici degli antichi tempi rendono testimonianza che Ottaviano Cesare ebbe a soffrre qualche rampogna da Marco Antonio, perchè l' avo di lui faceva professione di argentaio (341). Perchè dunque dicesi che l' officio degli argentai ha causa pubblica? (342). Per significare che gli argentai godevano della pubblica opinione; e che il loro officio, in mancanza di pubblici stabilimenti, era vantaggioso allo stato (343), nel qual significato spesse volte gli antichi usurparono i vocaboli di fede o causa pubblica (344).

(337) Forcell. verb. argentarius, Brunemman. hic.
(338) Sieber, Thes. jur. camb. cap. 1. §. 20.
(339) §. 2. §. 3. hic.
(340) L. 12. hoc tit.
(341) Suet. in Octav. Sigon. de ant. jur. civ. Rom. lib. 2. cap. 11.
(342) L. 10. §. 1. hoc tit.
(343) Panciroл. var. lect. lib. 1. cap. 32. Cujac. quaest. Papin. tom. 4. col. 209. Brisson. de verb. signif. verb. nummularius. Donell. tom. 7. pag. 626. n. 8. Heiner, de cambial. ist. vest. apud. Rom. cap. 2. pag. 1. Heinecc. exerc. 16. tom. 2. Extor. de permis. et vet. collyb. cap. 1. Sieber, de argent. §. 24. Bastineller, de jur. cred. liter. camb. in concurs. cap. 19. Card. De Luc. de cred. disc. 25. n. 5. Menoch. de arb. quaest. lib. 2. cas. 9. n. 8. Marre' cors. di diritto comm. p. 2. tit. 7. n. 78.
(344) Cicer. de offic. 224. Liv. Hystor. 2. 23. 48. Caesar. de bell. civ. cap. 3. Paterc. lib. 2. cap. 126. Tacit. annal. lib. 5. cap. 17.

Osservammo che l' officio degli argentai, sebbene con qualche lieve differenza, comprendeva a' tempi de' Romani quelle funzioni o ingerenze che oggigiorno si eseguiscono da' banchieri, da' negozianti, da' notai, da' depositari e da altre persone simili, fornite della pubblica autorità e della pubblica opinione. Quindi è che le teorie del diritto romano riguardanti gli antichi argentai furono nella pratica universale di quasi tutte le nazioni ritenute applicabili alle suddette persone (345).

L. Si quis, 6.

§. Ex igitur, 2.

Quelli che domandavano agli argentai, o ad altri, la produzione degl' istrumenti e delle ragioni, dovevano, mediante il giuramento di calunnia, affermare che la loro domanda non aveva per oggetto di recare un' ingiusta molestia all' avversario; ma solo quello di poter esperimentare le proprie ragioni. Altrove osservammo che questo giuramento di calunnia oggigiorno non è più in uso (346).

§. Ex hoc edicto, 4.

L. Ubi exigitur, 8.

§. Is autem, 1.

Contro chiunque non avesse esibito gl' istrumenti richiesti, era luogo all' azione pe' danni e gl' interessi. Concordano con le romane le odierne leggi Pontificie (347). Se i notai o altri pubblici depositari ricusino di dare la copia degl' istrumenti, vi possono essere costret-

(345) Grazian. discept. for. cap. 800. n. 24. Bertrand. lib. 2. cap. 1. cons. 116. n. 7. Menoch. de arb. jud. quaest. lib. 2. cons. 91. n. 10. Coras. in l. 1. §. praeterea, n. 7. de offic. pref. urb. Calvin. verb. argentarius, in fin. Hilliger. in Donell. lib. 27. cap. 3. Mynsing. in c. 1. X. de probat. n. 15. Brunneman. in l. 10. n. 3. ff. hoc tit. Mornac, in hac. l. 4. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 4. tit. 39. §. 1711. Ant. Fabr. Cod. suo for. lib. 2. tit. 1. def. 4. et 12. Ruota, nella Romana praelationis, 3. Febbrajo, 1840. De Retz.

(346) Voet, comm. ad Pand. hoc tit. n. 21. in princ. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 4. tit. 39. §. 1711. Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 1. n. 2. tit. XVI. lib. IV. Istit.

(347) Reg. giud. §. 898.

ti, previa citazione a breve termine, anche col mezzo dell' arresto personale (348). I commercianti che in caso di fallimento non esibiscano i loro libri, possono essere convenuti come rei di bancarotta (349).

L. Quaedam, 9.

§. Nummularius, 2.

SOMMARIO

Applicazione delle teorie della presente legge.

Apprendiamo da questo testo che i nummulari avevano officio pressocchè simile a quello degli argentai; e che tanto agli uni che agli altri era attribuito il privilegio di aver piena fede a' libri loro. Tutto ciò era conseguenza di quella pubblica fiducia, della quale godevano. L' Hotmann, l' Alciato ed il Cujacio (350) sono di avviso che i nummulari fossero argentai di grado inferiore, ovvero ministri degli argentai, i quali oggigiorno si chiamerebbero agenti di cambio.

Secondo le antiche usanze tutti quelli che facevano traffico in Roma e nelle provincie, solevano tener nota accurata del dato e del ricevuto: il creditore, presente il debitore, segnava nel suo libro di conti la somma del danaro prestato, i frutti e le usure che dovevano decorrere, il titolo del credito, e tutte le altre circostanze che l' accompagnavano: il debitore, presente il creditore, faceva altrettanto: ciascuno di essi riteneva il suo libro: qualora, fatto il confronto di entrambi, si fossero trovati conformi, meritavano piena fede, e facevano piena prova (351). Questo genere di prova andette poco per volta in disuso. Il poco o niun favore da' barbari accordato al commercio non fece alcun caso de' libri de' commercianti, e della prova che da essi poteva dedursi. Ritrovato il diritto Giustinianeo, le interpretazioni de' giureconsulti fecero rivivere le antiche massime, e queste si propagarono nel commercio presso quasi tutte le nazioni di Europa. Fu stabilito che qualora i libri de' commercianti fossero te-

(348) Regol. giud. §. 901.

(349) Cod. di comm. prov. art. 580.

(350) Obs. X. 14.

(351) Salmas. de mod. usur. cap. 11. Brisson. de form. pop. Rom. solem. lib. 6. Questo modo di provare chiamavasi presso gli antichi *expensilatio* Gell. Noct. Act. lib. 16. cap. 2.

nuti diligentemente, e si trovasse in essi accuratamente descritto il dato e il ricevuto, dovessero in giudizio meritar fede, e indurre la prova semipiena, rimesso però all' arbitrio del giudice l' ammetterli o il ricusarli, secondo le circostanze (352). Questo principio, ammesso dalla giurisprudenza statutaria di tutte le città commercianti, venne con qualche limitazione sancito dall' attual Codice commerciale di Francia, dal quale venne provvisoriamente copiato il nostro. I libri di commercio, tenuti in regola, possono essere ammessi dal giudice a far prova tra' commercianti in fatti di commercio (353). Siccome queste parole sono facoltative, così non prescrivono al giudice alcuna necessità o regola di rigore; ma lasciano interamente alla sua coscienza il decidere se i libri, quantunque tenuti regolarmente, debbano, o no, meritar fede. Indi si può facilmente conoscere quanto l' odierna giurisprudenza abbia derogato alle antiche consuetudini, le quali prescrivevano che i libri de' commercianti tenuti in regola dovessero meritare piena fede, e indurre almeno la prova semipiena (354). Oggigiorno di rigore non inducono alcuna prova, la quale debba servire di norma al giudice, essendo totalmente rimesso al suo arbitrio l' ammetterli o il ricusarli. Questi principii però hanno luogo solo allorchè il commerciante voglia da' suoi libri desumere una prova in proprio favore. Se non fossero tenuti in regola, e secondo le formalità volute dalle leggi, non farebbero alcuna prova; e se i loro difetti fossero tali da indurre il sospetto di frode, potrebbero, in caso di fallimento, far dichiarare il commerciante bancarottiere semplice, e talvolta anche doloso, a norma de' casi (355). In ogni modo, tanto se tenuti in regola, quanto se tenuti senza regola, sono validi per far piena prova contro il commerciante, non essendo in tal caso derogato alle leggi comuni e all' antica pratica del foro (356).

(352) Menoch. de arb. jud. quaest. lib. 2. cas. 91. n. 10. et cas. 93. per tot. Card. de Luc. Dott. Volg. lib. 8. cap. 5. n. 6. Carpzov. part. 1. coust. 17. def. 37. Mascard. de probat. vol. 2. concl. 975. n. 10. et seq. usq. ad n. 32.

(353) Cod. di comm. Franc. art. 12. Regol. prov. di comm. art. 11.

(354) Bartol. in l. admonendi, 31. ff. de jurejur. Bald. ibid. Ferrar. in pract. aur. pag. 186. n. 6. Veggansi gli autori citati nella nota 352.

(355) Cod. di comm. Franc. art. 13. junct. art. 587. 593. 594. Cod. di comm. prov. art. 12. junct. art. 573. 579. 580.

(356) Marre', cors. di diritto comm. par. 2. tit. 2. n. 78.

§. Caeterum, 3.

Quanto al giuramento di calunnia, di cui si parla nel presente paragrafo, veggasi quello che abbiamo detto nella legge sesta, paragrafo primo, di questo titolo.

L. Feminae, 12.

SOMMARIO

Correzione della presente legge.

Sotto l' impero della giurisprudenza romana la femmina non poteva esercitare la banca, perchè l' officio di argentaio o banchiere reputavasi proprio degli uomini (357). Secondo le odierne leggi, la femmina può esercitare aziende commerciali di commissione, di banca, di ricevimenti e di qualsivoglia altro atto di commercio, purchè maggiore di ventun' anno (358). Se la donna sia minore, oltre l' emancipazione, è necessaria l' autorizzazione del padre; o, in caso di morte, d' interdizione o di assenza di lui, il decreto di volontaria giurisdizione col consenso de' parenti più prossimi, come si costuma nelle obbligazioni de' minori (359); e se è maritata, si ricerca il consenso del coniuge (360).

L. Haec actio, ult.

L' azione che nasce dall' editto contro quello che ricusa di produrre gl' istromenti, cessa dopo passato l' anno; e quantunque com-

(357) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 4. di questo titolo.
(358) Cod. di comm. prov. art. 4.
(359) Cod. di comm. prov. art. 2.
(360) Cod. di comm. prov. art. 5. Siccome per diritto romano, presso noi non derogato, Veggasi quello che abbiamo detto nel §. ult. n. 4. in fin. Tit. IX. lib. I. Istit. il matrimonio non scioglie la figlia dalla patria potestà, Rocca, disp. select. cap. 23. n. 1. Sicard. in Cod. lib. 5. tit. 4. de nupt. n. 1. Paschal. de virib. patr. pot. part. 1. cap. 3. n. 9. Donell. comm. jur. civ. lib. 7. cap. 26. n. 54. Card. de Luc. de donat. disc. 41. n. 7. Voet. comm. ad Pand. l. 1. tit. 7. n. 13. Richer. lib. 1. tit. 12. §. 1831. Riminald. decis. 429. n. 4. Ruota nella Viterb. seu Nepes. nullit. testam. 5. Luglio 1776. §. 3. Ratta; nella conferm. 17. Giugno 1777. §. 2. lo Stesso; e nella Romana divisionis 14. Aprile 1823. Martinez del Campo; così non dubito che se la donna, preventivamente non emancipata, passi a marito in età minorile, il consenso del marito non basti a renderla commerciante, facendo tuttavia mestieri di quello del padre.

peta all' erede, tuttavia non compete contro l' erede se non pel fatto suo, cioè s' egli stesso abbia ricusato l' esibizione. La ragione per cui quest' azione è annuale, è perchè discende dal diritto pretorio. Oggigiorno che discende dal diritto civile (361), sarei di avviso che dovesse durare per tutto il tempo di spazio prefisso alle azioni derivanti dal diritto civile (362).

(361) Regol. giud. art. 898.
(362) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 1. n. 2. Tit. XII. lib. IV. Istit.

TITOLO XIV.

DEI PATTI

L. Hujus edicti, 1.

Che cosa è mai tanto conveniente, dice il Giureconsulto, quanto l'osservare le obbligazioni contratte dagli uomini? *Sane haec lex*, osserva il Brunemmanno, *in praxi jam diu sepulta.*

L. Juris gentium, 7.

§. Sed cum nulla, 4. et seq.

SOMMARIO

Nell' uso del foro dal patto nudo nasce l' azione.

L' obbligazione, secondo il diritto romano, è un vincolo della legge, pel quale siamo di necessità costretti a fare o dare alcun che. Acciocchè l' obbligazione fosse efficace, volevano le antiche leggi ch' essa dovesse discendere da una convenzione che avesse nome e causa. La convenzione che non aveva nè l' uno, nè l' altra, nè veniva confermata dalla legge, dal diritto pretorio o dal contratto di buona fede cui fosse inerente, non produceva azione. Questa disposizione era basata sulla ragione che i Decemviri non vollero che si avesse azione contro alcuno, se non quando appariva manifestamente ch' egli avesse avuto in animo di obbligarsi. La qual volontà, secondo loro, dovea risultare più dall' osservanza delle formole prescritte, che dal semplice consenso. Tuttociò, come altrove osservammo, era un effetto dell' odiosa politica de' patrizi, i quali, per tenersi soggetta la plebe, invilupparono la giurisprudenza in mille arcane e misteriose formole, prescrivendo che ciascuna dovesse inseparabilmente accompagnare l' azione, alla quale era propria, sotto pena di perdere la causa. La sentenza *ne ex pacto actio nascatur*, come appare da tutto il tenore della presente legge, sembrava passata in proverbio, quasi che il far nascere l' azione da un patto fosse stata cosa nefanda e sacrilega, o la repubblica avesse corso pericolo di andare a soqquadro. Ma il diritto Canonico, deviando dalle sottigliezze della legge civile, prescrisse che da ogni patto nudo, fatto seriamente con animo di obbligarsi, derivasse l' a-

zione (363); e questa disposizione delle leggi canoniche fu ricevuta nella pratica universale di tutte le nazioni (364).

§. Sed et si, 2.

I contratti che non avevano dalle leggi sortito un nome particolare, e che perciò solevano designarsi col titolo d' innominati, secondo la giurisprudenza romana, non uscivano dai limiti di una semplice convenzione, nè producevano azione, se non nel caso che una delle parti contraenti avesse dal suo canto adempiuto il patto con la consegna della cosa, o con l' esecuzione dell' opera convenuta. È veramente stravagante che la permuta, il più antico fra tutti i contratti, non abbia potuto da' Romani meritare l' assistenza pubblica. Per le ragioni allegate nel paragrafo precedente oggigiorno in pratica i contratti innominati sortono azione al pari de' contratti nominati, e quindi si rende inutile la quistione promossa in questa legge, se ne' casi che possa agirsi in forza di essi, debba promuoversi l' azione *in factum* o quella di parole prescritte (365).

§. Quinimmo, 5.

Osservammo ne' paragrafi antecedenti che i patti non somministravano azione, salvo il caso che fossero stati immantinenti posti ne' contratti di buona fede. I giureconsulti disputano con tutta serietà se la medesima regola possa aver luogo anche ne' patti aggiunti immantinenti ne' contratti di sommo diritto (366). Alcuni sono di avviso che la decisione della quistione a termini della legge civile sia molto spinosa: altri ragionano che a termini di pratica sia molto inutile (367). I patti aggiunti a' contratti di buona fede *ex intervallo*, non *in continenti*, non producono azione, ma soltanto eccezione; il che il giureconsulto

(363) C. 1. de pact.

(364) Carpzov. p. 2. c. 19. def. 17. n. 8. Brunemman. hic. Cristin. vol. 2. decis. 92. Garzia, in rept. d. c. 1. hoc tit. Hilliger. in Donell. lib. 12. cap. 9. Clingenspero. lib. 3. Ist. tit. 14. q. 20. Pirhing. in Decret. hoc tit. n. 39. Reiffen. ibid. n. 37. Voet, comm. ad Pand. hoc tit. n. 9. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 3. tit. 4. §. 529. Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 1. tit. XVI. lib. III. Istit.

(365) Reiffen. in Decret. lib. 1. tit. 35. n. 117. in fin. Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 1. tit. XIII. di questo libro.

(366) Veggasi Hilliger. in Donell. lib. 15. cap. 1.

(367) Brunemman. hic.

prova con l' esempio di una donna che, fatto il divorzio, abbia pattuito che se le renda la dote all' istante, laddove se le dee restituire dopo qualche tempo; di un tutore che, finita la tutela, abbia pattuito col pupillo il pagamento di usure maggiori; e di un compratore che, fatto il contratto, abbia pattuito di pagare il prezzo dopo qualche tempo. Tutte queste minute scrupolosità in foro non sono attendibili.

§. Ait praetor, 7.

Viene in questo paragrafo recitato l' editto del pretore, pel quale dicesi ch' egli somministrerà l' eccezione, e talvolta anche l' azione, qualora i patti non siano fatti con dolo malo, nè contro o in frode della legge. Anche oggigiorno i patti fatti con dolo malo e contro o in frode della legge sono inutili; tuttavia, per farne discendere da essi l' azione o l' eccezione, non abbiamo bisogno di questo editto del pretore (368).

§. Quod fere, 12.

Disputa il gireconsulto se trovandosi in un patto, messo in iscritto, le parole *rogavit Titius*, *spopondit Mevius*, la convenzione debba ritenersi come un patto nudo o come una stipulazione. Decide che in dubbio si dee piuttosto presumere la stipulazione che il patto. Ritengo che questa quistione sia presso noi oggigiorno inutile (369).

§. Sed si servus, 18.

In quanto questo paragrafo tratta de' servi, il reputo inutile e di niuna applicazione negli odierni costumi.

§. Hodie, 19.

L. Majorem, 8.

L. Si plures, 9.

Tratta il giureconsulto in queste leggi di un concorso universale de' creditori, e dice che la maggior parte di essi, patteggiando col

(368) Veggasi quello che abbiamo detto nel principio di questa legge.
(369) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 1. n. 1. Tit. XVI. lib. III. Istit.

debitore, può pregiudicare alla parte minore. Per maggior parte de' creditori però s' intende quella, in cui risiede la maggioranza del credito; non quella in cui risiede la maggioranza delle persone. Concorcordano con le romane le odierne leggi Pontificie, Albertine e Parmensi (370).

L. Rescriptum, 10.

SOMMARIO

Se il patto de' creditori presenti pregiudichi, o no, a' creditori assenti. Diritto romano e legislazione odierna.

La maggior parte de' creditori, accettando il patto o la conciliazione proposta dal debitore, può, come sopra osservammo, pregiudicare alla parte minore. Il giureconsulto promuove in questa legge il dubbio se i creditori non intervenuti al concorso sieno tenuti ad approvare il patto o la conciliazione fatta da' creditori intervenuti. È forza confessare che Ulpiano nel presente responso non decide la quistione, se non in modo che sente di oracolo; ma, per quanto si raccoglie da altri testi e dalle chiose de' Dottori, la negativa non ammette alcun dubbio (371). Questa disposizione delle leggi romane in pratica partoriva pessime conseguenze, e spesso ad altro non serviva che a rendere i concorsi inutili, lunghissimi, spendiosissimi. E in fatti, ammesso per principio che i creditori non intervenuti al concorso potessero impugnare i patti e la conciliazione accettata da' creditori intervenuti, non eravi più alcuna sicurezza nè pel debitore, nè pe' creditori medesimi. Il debitore, dopo riuscito, forse con grave stento, a formare una transazione co' suoi creditori, si vedeva sempre in procinto di perdere il frutto delle sue fatiche; e i creditori si vedevano sempre in procinto di dover restituire quelle forse piccole porzioni di credito ch' erano riusciti ad ottenere dopo i travagli di un penosissimo giudizio. Tale ambiguità e sospensione di cose avevano, per così dire, una durata eterna. Imperciocchè i creditori presenti, nell' atto che ricevevano il mandato per la consegna delle somme che loro spettavano, dovevano per man di notaio obbligarsi di concorrere con gli uguali e di restituire agli anteriori; siccome gli uguali e gli an-

(370) Reg. giud. art. 1478. 1522. Cod. Albert. art. 1362. Cod. Parmens. art. 1245.
(371) L. 58. ff. mand.

teriori potevano uscir fuori da un momento all' altro, mentre per diritto comune la loro azione non era perenta, se non dopo trent' anni di spazio, così gli effetti della sentenza di graduazione non erano che provvisorj, e il giudizio di concorso non poteva mai chiamarsi definitivamente compiuto. Tutto era confusione, lungaggine, litigio e dispendio.

Ma l' odierna legge, riconoscendo inconvenienti in pratica le disposizioni del diritto romano, vi derogò con saggi provvedimenti. Oggigiorno, qualora venga ammesso dal tribunale il concorso, dal tempo della notifica della sentenza viene assegnato a' creditori il termine perentorio di trenta giorni per comparire, oltre l' aumento riguardo agli esteri e agli assenti (372). I creditori che entro tal termine non siano comparsi, costituendo il loro procuratore, non hanno più diritto di essere chiamati, e si può procedere al giudizio di concorso, senza aver riguardo a' loro diritti, e senza il bisogno di altra intimazione (373). Appare quindi all' evidenza che il creditore, legittimamente chiamato e non comparso, non ha oggigiorno alcun diritto di contravvenire e di opporsi a tutto quello che fu stabilito dall' assemblea de' creditori chiamati e comparsi; mentre la legge nell' atto che volle nella deliberazione il consenso della maggior parte de' creditori, ha contemplato solo que' creditori che, profittando delle sue disposizioni, si presentarono all' adunanza, senza far caso di quelli che, non volendone profittare, rimasero nell' indolenza.

Altra quistione promossa nella presente legge è se la maggior parte de' creditori, patteggiando col debitore, possa pregiudicare a' creditori assenti privilegiati, non aventi ipoteca. Afferma Ulpiano; nega Paolo (374). Alcuni Interpreti, per conciliare tale antinomia, allegano che Ulpiano parli di que' creditori privilegiati che non hanno in loro favore alcun' ipoteca; e Paolo di que' creditori che hanno privilegio e ipoteca. Frivola interpretazione, poichè non essendo il creditore ipotecario tenuto a seguire il patto degli altri (375), sarebbe veramente uno sciocco, se, posponendo l' ipoteca, ricorresse al privile-

(372) Reg. giud. art. 1512. 1513.
(373) Reg. giud. d. art. 1512.
(374) D. l. 58. ff. mand.
(375) Hic, Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 3. tit. 4. §. 600.

gio. In pratica prevalse l' opinione di Paolo (376), e con essa concordano gli odierni nostri regolamenti (377).

§. Si pacto, 1.

Tizio aggiunse al patto una stipulazione penale. Domanda il giureconsulto, se in tal caso abbia luogo l' eccezione del patto, oppure l' azione derivante dalla stipulazione: risponde che può servirsi di entrambe; purchè, facendo uso dell' eccezione, rinunci all' azione; e viceversa, facendo uso dell' azione, rinunci all' eccezione. Siccome oggigiorno la stipulazione penale non induce novazione di contratto (378) e d' altronde fra patto e stipulazione non v' ha alcuna differenza (379), così ritengo che in pratica tutto ciò non sia che un' inutile sottigliezza.

§. Plerumque, 2.

Da questo e da' susseguenti testi inferiscono gl' Interpreti che per diritto romano il patto di un terzo non può farci acquistare l' azione; ma solo l' eccezione. I pratici sono di avviso che pel patto di un terzo si possa oggigiorno acquistare non solo l' eccezione, ma eziandio l' azione (380).

L. Si tibi decem, 17.

SOMMARIO

Se sia lecito negli odierni costumi di ricevere nel mutuo più di quello che fu dato.

Dice il giureconsulto che se io ti do dieci e pattuisco che tu me ne renda venti, non nasce obbligazione oltre i dieci, perchè

(376) Ant. Fabr. Cod. suo for. lib. 8. tit. 8. def. 21.

(377) Reg. giud. art. 1522. junct. art. 1484. Ulpiano nella presente legge ammette nominatamente che anche il fisco, ne' casi in cui non ha ipoteca, sia, benchè privilegiato, tenuto a seguire la risoluzione della maggioranza de' creditori, ma questa risoluzione di Ulpiano oggigiorno non ha più luogo. Reg. giud. art. 1484. n. 1.

(378) L. 1. Cod. de novat. Brunemman. in l. 8. n. 4. Cod. de usur.

(379) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 1. n. 1. Tit. XVI. lib. III. Istit.

(380) Brunem. hic Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 4. tit. XX. lib. III. Ist.

mediante la cosa non si può contrarre obbligazione oltre quello che fu dato. È questa una mera sottigliezza delle leggi romane, conciossiacchè se io, dandoti dieci, abbia stipulato che tu mi renda quindici, la stipulazione è valida, quantunque si contragga obbligazione oltre quello che fu dato (381). Le solennità, con cui i Romani accompagnavano le loro stipulazioni, e la poca o niuna assistenza da loro accordata ai patti, furono la genuina ragione di questa differenza (382). Ma dacchè cadde dall' uso la sottile distinzione fra stipulazioni e patti, fu ammessa in pratica la validità della convenzione, sebbene il mutuante avesse pattuito di ricevere più di quello che avesse prestato, semprecchè la convenzione non apparisse fatta in frode degli interessi legittimi (383).

Sulla qual cosa giova osservare che presso i Romani essendo il mutuo contratto reale, il quale si contraeva con la cosa, non potea di sua natura estendersi a più di quello che realmente era dato. Il mutuo, considerato in se stesso, non era contratto che producesse alcun frutto; e qualora si fosse voluto che il prestito derivasse usura, era mestieri che si aggiungesse un altro contratto, totalmente diverso e separato, cioè la stipulazione. Epperò nel danaro dato ad interesse dovevano ogni volta intervenire due contratti separati e distinti: il mutuo, propriamente detto, per la sorte; e la stipulazione per le usure (384). Ma quando, deviandosi dalle scrupolose particolarità del diritto romano, i patti cominciarono a prender forza di stipulazione, e la stipulazione si confuse in proposito col mutuo, il mutuo e la stipulazione formarono un solo contratto, pel quale, secondo la pratica universale di quasi tutte le nazioni, fu sempre reputato lecito di ricevere più di quello che fu dato, purchè il di più non superasse la quantità de' frutti stabiliti dalle leggi. Questi principii sono oggigiorno sanzionati da tutte le vigenti legislazioni Italiane e straniere (385). Presso noi per

(381) L. 13. §. ibidem ff. de act. empt.

(382) Il mutuatario mediante il patto non acquistava azione; ma solo eccezione, la quale in proposito non gli giovava punto.

(383) Brunem. hic Voet. comm. ad Pand. lib. 12. tit. 1. n. 18. in fin. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 3. tit. 6. §. 714.

(384) Edmond. Meril. obs. lib. 1. cap. 13. Brunemman. in l. 8. n. 2. ff. de eo quod cert. loc. Duaren. comm. in tit. de eo quod certo loc. cap. 4. Cujac. tom. 3. col 978. tit. 2. Donell. comm. jur. civ. in l. centum Capuae. tit. de eo quod cert. loc.

(385) Cod. civ. Franc. art. 1905. 1907. Cod. Austr. art. 933. Cod. Albert. art. 1933. 1936. Cod. delle D. S. art. 1777. 1779. Cod. Parmens. art. 1608. 1610. Cod. Ticin. art. 1004. 1007. Cod. Estens. lib. 2. tit. 20. art. 11.

disposizione delle leggi Canoniche è vietato sotto qualsivoglia colore, o di stipulazione o di altro contratto, di ricevere nel mutuo più di quello che fu dato, qualora non vi sia la concorrenza de' requisiti castrensi reali o presunti (386). In questo caso le usure si chiamano compensative, e però possono validamente dedursi in contratto (387). I requisiti castrensi chiamansi presunti, allorchè la posizione del luogo in cui si contrae, come le città di commercio, può verisimilmente far credere pronta a ogni momento l' occasione di collocare il danaro; la qual presunzione esenta dall' obbligo di usare nel contratto le forme suggerite dal Castrense (388).

L. Si pactus, 4.

Se un padre abbia pattuito che il creditore non domandi nè a lui nè a sua figlia, il patto per diritto civile riguardo alla figlia è inutile, quantunque in appresso gli succeda erede. E ciò per la ragione, che i patti personali non estendono la forza loro oltre la persona che ha pattuito. Ottimamente osserva il Brunemmanno che nell' uso del foro questo patto non sarebbe reputato come personale, ma come reale; e che perciò dovrebbe giovare anche alla figlia, non mancando per tale opinione anche l' autorità delle leggi (389). E per certo, la sottigliezza di questo responso fu dalla pratica e dalle vigenti legislazioni posta in non cale (390).

L. Et hæredi, 21.

§. Nos autem, 2.

Il patto di un padre non può giovare al figlio, quantunque abbia pattuito che non si domandi nè al figlio, nè a lui. E ciò per la

(386) Ruota nella Romana pecuniaria, 13. Aprile 1785. Lancellotti.

(387) Ruota nella Romana, seu Mediolan. pecuniaria super 1. dubbio 5. Luglio 1797. Priolo.

(388) Ruota nella Centumcellarum pecuniaria quod damna et int. §. fin. 26. Aprile 1793. Resta, nella Romana pecuniaria 5. Luglio 1816. Odescalchi nella Melevitana subast. et delib. 21. Giugno 1824. Muzzarelli; e nella decis. del 5. Gennajo 1836. de Retz.

(389) L. 21. §. 2. hoc tit.

(390) Tesaur. quaest. for. lib. 3. quaest. 89. n. 2. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 3. tit. 4. §. 537. Voet. comm. ad Pand. hoc tit. n. 11. Cod. civ. Franc. art. 1122. Cod. Albert. art. 1209. Cod. delle D. S. art. 1076. Cod. Parmens. art. 1095. Cod. Ticin. art. 531.

ragione allegata nella legge precedente. Tuttavia sebbene non competa al figlio in proposito l' eccezione di patto convenuto, può nulladimeno obbiettare quella di dolo. È questa una mera sottigliezza di distinzioni, la quale in pratica è di niun momento (391).

L. Nisi hoc, 22.

È regola generale di diritto che il patto reale del debitore giova a tutti quelli, de' quali è suo interesse sciogliere l' obbligazione: ma se il debitore abbia pattuito che non si domandi solamente a lui, questo patto non giova al suo mallevadore. Osservano gl' Interpreti che siccome per diritto nuovissimo compete al mallevadore il beneficio di escussione, il quale non se gli può togliere pel patto personale del debitore, così per conseguenza tal patto non può a meno di giovare anche al mallevadore, rimanendo in tal modo corretta la disposizione dell' antico diritto. Alcuni sono di avviso che il tenore di questa legge proceda nel caso che il mallevadore non abbia il regresso contro il reo principale, come, per esempio, s' egli abbia mallevato con animo di donare, in causa propria, o contro la volontà del debitore (392). Altri però sono di opinione che questa limitazione sia inutile, imperciocchè anche ne' suddetti casi il mallevadore, pagando, può farsi cedere le ragioni (393): e siccome il creditore non potrebbe cedere le ragioni, qualora vi fosse l' impedimento del patto ch' egli fece col debitore, ne viene per conseguenza che anche in tali casi la convenzione debba necessariamente giovare al mallevadore (394).

L. Veteribus, 39.

Piacque agli antichi che il patto ambiguo ed oscuro si dovesse interpretare contro il locatore, o il venditore, perocchè era in loro potestà l' esprimersi più chiaramente. Alcuni osservano che la facoltà di esprimersi più chiaramente era in entrambe le parti; e che però la preferenza dalla legge accordata al conduttore e al compratore è contraria alla giustizia. Gli antichi vollero con questa massima fissare una norma per regolare l' animo del giudice nel caso che l' interpretazione non si potesse desumere in altri modi; e siccome è cosa impossibile che ne' ca-

(391) Brunemman. hic.
(392) Arg. l. 6. §. 2. l. si pro te, ff. mand.
(393) Einecc. Elem. jur. civ. lib. 3. tit. 21. §. 686. in not.
(394) Veggasi il Menoch. cons. 705. n. 28.

sì oscuri ed ambigui l' interpretazione possa ugualmente procedere contro entrambe le parti, così per necessità si doveva restringere contro uno solo; e propriamente contro quello che avea maggiore interesse per esprimersi più chiaro. Nulla v' ha quindi d' ingiusto nella presente legge: essa fu sempre ricevuta nell' uso del foro, ed è oggigiorno sancita da tutte le vigenti legislazioni Italiane (395).

L. Cum in eo, 44.

Un pupillo si trova nella circostanza di doversi astenere dalla paterna eredità: il suo tutore conviene colla maggior parte de' creditori, acciocchè si contentino di ricevere una determinata porzione del loro credito: i contutori fanno altrettanto con gli altri creditori. Domanda il Giureconsulto se anche il tutore, che è nello stesso tempo creditore del padre, sia costretto a ricevere la stessa porzione determinata del suo avere. Risponde affermativamente. Il tenore di questo responso ci fa conoscere che il creditore del pupillo, o del padre del pupillo, può essere anche di lui tutore, il che venne dalla nuova legge di Giustiniano abrogato (396).

L. Divisionis, 45.

La convenzione fatta fra' socii e coeredi di dividere la cosa comune non può, come nudo patto, produrre azione, qualora non abbia avuto il suo effetto mediante la tradizione o la stipulazione. Oggigiorno che i nudi patti sono uguagliati alla stipulazione, non dubito che dal nudo patto di divisione fra' soci e' coeredi nasca parimenti l' azione (397).

L. Emptor predii, 47.

Primo comperò un fondo per un prezzo determinato a pagarlo in un termine prefisso. Secondo, il venditore, poco dopo conviene che se Primo paghi avanti il tempo convenuto, suppongasi entro quattordici giorni, sarà contento di prender 13. invece di 20. Decorsi i quattordici giorni, Primo non paga, e Secondo torna di nuovo a pattui-

(395) Cod. Franc. art. 1162. Cod. Albert. art. 1253. Cod. delle D. S. art. 115. Cod. Austr. art. 915. Cod. Parmens. art. 1136. Cod. Ticin. art. 565.

(396) Nov. 72. Veggasi quello che abbiamo detto nel §. ult. Tit. XXI. lib. I. Istit.

(397) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 7. di questo titolo.

re, che se il compratore pagherà entro un altro termine prefisso, suppongasi entro dieci giorni, sarà parimenti contento di ricever 13. Decorso anche questo nuovo termine, Primo non paga. Domanda il giureconsulto se il venditore debba e possa agire per 13. o per 20. Risponde per 20., giacchè egli agisce in forza del contratto di vendita, non in forza del patto.

Osserviamo che quando il compratore per l' anticipato pagamento del prezzo prenda una cosa per un valore inferiore a quello che vale in realtà, sovente non è spoglio di pravità usuraria, e che però il patto di pagar 13. quello che costa 20. sarebbe in proposito illecito e riprovato (398). Nulladimeno quando il patto potesse per qualche ragione sussistere, in pratica, secondo l' opinione de' più, sarebbe ammessa la purgazione della mora (399).

L. Sumptus, 53.

È proibito per diritto romano il patto, con cui il procuratore conviene col suo cliente di ricevere in compenso una certa quota della lite (400). Secondo l' odierna legislazione Pontificia chi si rende reo di tal patto è punito con l' interdizione dall' esercizio di sua professione dai due ai cinque anni, e tutto il profitto del patto è devoluto al fisco (401).

L. Si debitor, 55.

Primo, debitore, ha l' usufrutto di un servo: dice il giureconsulto che se il servo pattuisce col creditore la liberazione, il patto giova all' usufruttuario. Similmente, Primo, creditore usufruttuario, ha pattuito col debitore la liberazione: se il servo, in cui è costituito l' usufrutto, abbia poscia pattuito di domandare, il patto del servo giova al creditore. Siccome negli odierni costumi non abbiamo più servi, e la presente legge non è oggigiorno applicabile ai figli di

(398) Nattà, cons. 670. n. 9. Gregor. part. jur. Can. lib. 3. tit. 5. c. 4. Rebell. de oblig. just. lib. 9. quaest. 11. n. 2. Tolet. lib. 5. cap. 31. n. 5. Felician. de censib. lib. 1. cap. 5. n. 15. Scacc. de comm. §. 1. quaest. 7. n. 25. Canis. de usur. cap. 3. n. 4. Ugolin. tract. de usur. cap. 40. §. 1. n. 1. Leotard. de usur. quaest. 8. n. 7.

(399) Arg. l. si quis ita, 135. §. Seia 2. ff. de verb. obl.

(400) Concord. Cod. Austr. art. 879.

(401) Regol. sui delitti e sulle pene, 20. Settembre 1832. art. 206.

famiglia, nè ad altre persone soggette all' altrui potestà, ritengo che sia totalmente inutile (402).

§. Qui in futurum, 57.

Siccome per diritto romano era permessa la stipulazione delle usure nel mutuo, così era parimenti stabilito che se un creditore avesse preso le usure del tempo futuro, non potesse intrattanto domandare la sorte, quasi avesse tacitamente pattuito di rilasciarla per tutto quel tempo presso il debitore. Indi apprendiamo che per diritto romano l' anticipato ricevimento delle usure prorogava il pagamento del capitale, senza punto diminuirlo. Ma oggigiorno le usure sono proibite, e tuttociò che il creditore avesse per tal conto percetto, sarebbe imputato nella sorte, e scemerebbe il capitale sino alla concorrenza (403). Il Leotardo ed altri pongono questa legge fra le antiquate (404).

L. Nemo, 61.

Niuno può fare per patto che a sè non sia lecito di consacrare il proprio luogo, di seppellire un morto nel proprio fondo, o di non alienare un predio senza la volontà del vicino. Per diritto Giustinianeo chiunque può fare per patto che a sè non sia lecito di consacrare il proprio luogo, di seppellire un morto nel proprio fondo, o di non alienare un predio senza la volontà del vicino (405). È chiaro adunque che pel nuovo diritto questo responso di Pomponio è abrogato (406).

(402) Veggasi in proposito quello che abbiamo detto nel §. 4. tit. IX. lib. II. Istit.

(403) C. 1. de usur. Veron. de simul. contract. n. 18. Gabriel. cons. 74. lib. 1. Felician. lib. 1. cap. 7. n. 6. Leotard. de usur. quest. 7. n. 8.

(404) Leotard. de usur. quaest. 73. n. 24. Struv. Exerc. 27. lib. 57. Wisenb. vol. 1. d. 42. art. 26. in fin. Nulladimeno la presente legge può trovare la sua applicazione in quei casi, ne' quali le usure sono permesse, come per esempio, nei contratti di cambio. Ruota nella Perusina concursus quoad reservata super fructibus cambii, 10. Martii 1777. Resta.

(405) L. ult. Cod. de pact. int. empt. et vend.

(406) Gotofredo, e Cujac. ad hanc legem. Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 9. tit. I. lib. II. Istit.

TITOLO XV.

DELLE TRANSAZIONI.

L. Transactum, 2.

La transazione può farsi in due modi: con la stipulazione Aquiliana e per patto. Che cosa fosse la stipulazione Aquiliana, e qual sia l'uso odierno della medesima, venne da noi altrove dimostrato (407). Il patto però, secondo la sottigliezza del diritto romano, doveva essere seguito dall' adempimento della convenzione; in caso diverso non produceva azione. Della qual cosa ci offre il seguente esempio anche una legge del Codice (408). Primo, proprietario di un fondo, voleva istruire l'azione contro il possessore: questi, pel timore della lite, formava una transazione stragiudiziale, senza scrittura, mediante nudo patto. Mancando il possessore alle sue promesse, il proprietario non può agire in forza del nudo patto, e però dee ricorrere alla prima azione, cioè alla vendicatoria: se il possessore obbietta l' eccezione acquistata in forza del patto, il proprietario dee opporre la replica secondo le qualità morali del possessore; e quindi dee replicare di dolo, se quegli è persona poco onesta, e *in factum* se è persona onesta o costituita in dignità. Ora, che cosa consegue il proprietario con tutte queste involture? Che il possessore restituisca la cosa, ovvero presti ciò che fu dedotto nella transazione (409). Da tutto ciò parmi evidentemente manifesto che un atto con tanta saviezza introdotto per troncare le liti, con tanta sottigliezza di distinzioni serve invece per fomentarle. In pratica la semplice convenzione di transazione basta a produrre l' azione, non essendo necessaria la scrittura se non nel caso che le parti abbiano specialmente convenuto che la transazione non debba sortire effetto, prima di essere messa in iscritto (410).

L. De his, 6.

Dice Gajo che di quelle controversie che nascono da un testamento, non si può transatare, nè conoscere altrimenti la verità, se

(407) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 1. tit. XXX. lib. III. Istit.

(408) L. 28. hoc tit.

(409) Wessenb. comm. ad Pand. hoc tit. n. 7.

(410) Ruota, decis. 92. p. 5. recent. nella Romana transactionis, 12. Giugno 1835. Bonini; nella Lauretana stipulationes instrumenti transactionis, 1. Febbrajo 1839. Muzzarelli; e nella Romana nullitatis transactionis, 16. Gennajo 1843. Bonini.

non lette ed esaminate le parole del testamento. Mossi dall' autorità di questa legge, parecchi Interpreti sostennero l' invalidità della transazione, qualora il testamento non fosse prima stato letto. Altri ritennero la validità della transazione, quantunque il testamento non fosse stato nè letto, nè esaminato, allegando che le parole di Gajo non sono un precetto, ma solo un consiglio. La pratica del foro abbracciò una media sentenza, ammettendo che la transazione fosse valida, quantunque non letto il testamento, purchè d' altronde potesse provarsi che i contraenti avevano cognizione di ciò che in esso era contenuto (411).

L. Et post rem, 7.

§. Si fidejussor, 1.

Un mallevadore fu convenuto e condannato; il debitore principale fece transazione col creditore. Domanda il giureconsulto se questa transazione giovi anche al mallevadore. Risponde affermativamente; ma se, all' opposto, la transazione fosse fatta dallo stessso mallevadore, essa non giova nè all' uno nè all' altro. Antonio Fabbro ed altri parecchi sono di avviso che questa legge sappia di assurdo e l' appongono a Triboniano. E ciò per questo, che siccome la sentenza proferita contro il mallevadore si può revocare mediante l' appello interposto dal reo (il che non solo giova al reo, ma eziandio allo stesso mallevadore condannato) non trovano alcun plausibile motivo per negare di transigere anche al mallevadore medesimo (412).

(411) Ant. Fabr. Cod. suo for. lib. 2. tit. 4. def. 1. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 4. tit. 26. §. 1073. Ruota, decis. 2. n. 20. p. 9. tom. 1. rec. Merlin. decis. 226. n. 1. et 6. Bichio, decis. 134. n. 13.

(412) Fac. l. eleganter. 23. ff. de cond. ind.

DELLE LEGGI ROMANE

ABROGATE, INUSITATE E CORRETTE

SECONDO L' ORDINE DELLE PANDETTE DI GIUSTINIANO

LIBRO III.

TITOLO I.

DELLA POSTULAZIONE

SOMMARIO

Cenno sul presente titolo.

Seguendo le traccie dell' antica procedura de' Romani, della quale abbiamo dato un ragguaglio più ordinato nel primo titolo del quinto libro, osservammo che il reo chiamato in tribunale dovea comparirvi o prestar cauzione. Quando egli era comparso, l' attore dimostravagli l' azione con la quale voleva contendere; e quindi, o di per se o per mezzo degli amici, impetrava dal pretore la facoltà di poterla promuovere. Quest' impetrazione chiamavasi *postulazione*, e da essa ebbe origine il presente titolo. Ma cambiata la forma della repubblica, e abolito l' antico ordine de' giudizi, il vocabolo *postulare* cessò di appartenere alle parti, e cominciò a diventar proprio degli Avvocati (1). Sulla qual cosa giova osservare che negli antichi costumi chiunque avesse fiduciato, ne' propri studi, nè fosse stato dalle leggi specialmente proibito, avea la facoltà di esercitare tale officio (2); In processo di tempo, sotto la legislazione medesima di Giustiniano, venne stabilito che niuno potesse aspirarvi, qualora non avesse riportato una conveniente testimonianza della sua perizia nel Diritto (3). Dopo che la

(1) L. 2. l. 3. l. 14. Cod. de adv. div. judicior. l. 1. l. 2. l. 4. l. 5. hoc tit. Era anticamente costume che l' attore e il reo, comparendo in tribunale, recavano seco i loro amici, per essere da' medesimi aiutati nel disimpegno delle rigorose formalità ch' erano loro imposte. Questi suggerivano il diritto, e talvolta l' applicavano essi stessi. In processo di tempo alle parti fu surrogato il procuratore *ad lites*, e l' applicazione del diritto rimase agli avvocati.

(2) Zoes. comm. ad Pand. hoc tit. n. 3.

(3) L. nemo, Cod. de adv. div. judicior.

scienza fu ridotta a facoltà, e che vennero introdotti i gradi accademici, per essere ascritto nel ceto degli avvocati si reputò necessario di riportarne alcuno, oltre l'approvazione de' tribunali, presso i quali si voleva esercitare la professione (4). Presso noi niuno può aspirare al titolo ed alle funzioni di avvocato, se non abbia conseguito la laurea dottorale in qualche università dello Stato, e non esibisca il certificato d' idoneità da rilasciarsi dal consiglio di disciplina (5). Qualora i requisiti sieno trovati regolari, il diritto di ammettere all' avvocatura è riserbato a' tribunali di appello (6).

L. Hunc titulum, 1.

§. Ea propter, 1.

In tempi ne' quali a ciascuno era lecito di presentarsi in giudizio da sè stesso, volea la maestà de' Romani che questa licenza non fosse indistintamente concessa a tutti. Il pretore distinse le persone in tre ordini: ad alcune permise di postulare tanto per sè che per altri; ad alcune permise di postulare solamente per sè; e ad altre vietò assolutamente di postulare tanto per sè che per altri. Secondo l' odierna procedura è indistintamente vietato a tutti di postulare tanto per sè che per altri, dovendo le parti farsi rappresentare in giudizio da un procuratore approvato (7). Ne' giudizi di competenza de' governatori le parti, qualora non vi sieno procuratori, possono farsi rappresentare anche da speciali mandatari (8). In alcuni luoghi però questi speciali mandatari sono tollerati, quantunque vi sieno procuratori approvati.

§. Initium, 3.

Gli ordini delle persone contemplate nel presente editto del pretore cominciano da quelle cui è generalmente vietato di postulare tanto per sè che per altri. In questo numero sono i minori che non abbiano peranco compiuti gli anni diciasette. Dopo la qual' età l' uomo per diritto comune si reputa di già abile a prodursi in pubblico, e postulare. Per diritto Canonico il minore di diciasette anni non è reputato a-

(4) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. principal. tit. X. lib. IV. Istit.
(5) Editto 17. Dicembre 1834. art. 229.
(6) D. Editto art. 235. 236.
(7) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. principal. n. 7. Tit. X. Istit.
(8) Regol. giud. 10. Novembre 1834. art. 493.

bile a prodursi in pubblico e postulare, richiedendosi a tal' uopo l' età di venticinque anni compiti (9). La disposizione del diritto Canonico è confermata dagli odierni regolamenti, riserbata al governo la dispensa dell' età (10).

§. Ait praetor, 4.

Se la persona o per l' età o per accidente, come il sordo, non avesse potuto postulare, entrava di mezzo l' officio del pretore per provvederla di un avvocato. Il qual soccorso non solamente avea luogo in favore delle suddette persone; ma eziandio in favore di quelle che per certi motivi, o per la preponderanza dell' avversario, o per timore, non potevano ritrovare un patrono. Altrove osservammo come in questi casi siasi provveduto negli odierni costumi (11).

§. Secundo loco, 5.

Nel numero di quelle persone che non possono postulare per altri si pongono in questo paragrafo la femina ed il cieco. La testimonianza di Plutarco ci assicura che fino da' tempi più remoti della repubblica le femmine pe' riguardi dovuti al sesso non solamente non potevano postulare per altri; ma nemmeno per sè stesse (12). La qual cosa era così tenacemente osservata che avendo una volta una tal donna trattato la sua propria causa nel foro, la superstizione de' Romani si fece a consultare gli Dei per conoscere qual' infortunio soprastasse a Roma. Forse coll' andare del tempo questa legge fu posta in obblivione e l'editto del pretore volle richiamarle in parte, vietando che le donne potessero mischiarsi negli affari forensi per trattare la causa altrui, e lasciando sussistere che potessero postulare per le proprie (13). Oggigiorno per la regola generale da noi altrove riferita (14), le femmine non possono trattare le proprie cause se non col mezzo di un procuratore approvato, ed oltracciò, qualora non sia maritata o il marito vi abbia interesse, dee venire assistita da uno speciale curatore deputato dal giudice.

(9) C. 5. de procur. in 6.
(10) Editto 17. Dicembre 1834. art. 229. 234.
(11) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 9. §. 5. tit. XVI. lib. I. Dig.
(12) Plutarc. in Num.
(13) L. 4. et 9. Cod. de procur.
(14) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. principal. n. 7. tit. X. lib. IV. Istit.

Il cieco non può trattare le cause perchè non è atto a vedere gli ornamenti della magistratura. Bisogna averlo fatto a posta, dice il signore di Montesquieu, per dare una ragione sì trista, quando tante se ne offerivano delle buone (15). Siccome per gli odierni regolamenti il procuratore legittimamente impedito può farsi rappresentare da altro procuratore, o da un sostituto ugualmente approvato (16), così nulla impedisce presso noi che il cieco possa agire e trattare le cause.

L. Removet, 6.

L' editto del pretore vietò di postulare per altri a quelli che solevano locare l' opera loro per combattere con le fiere. E ciò perchè presso i Romani, dov' erano in uso le giostre, riputavasi infame, inverecondo e vergognoso, discendere nell' arena e pugnare con le fiere dinanzi alla plebe (17). Per la qual ragione non era esente dalla nota d' infamia anche quegli che scendeva a combattere nell' arena senza mercede, solo per far mostra del proprio valore. Chiunque però avesse pugnato con le fiere senza mercede e fuori dell' arena, non incorreva nell' infamia e poteva postulare tanto per sè che per altri. Oggigiorno che le lotte, le pugne con le fiere, le giostre e simili altri esempi di barbarie, sono aboliti presso tutte le nazioni più incivilite, le disposizioni di questa legge sono la parte loro superflue.

§. Ut. initio, 7.

Come viene avvertito nel principio di questa legge il pretore distingue tre ordini di persone che non possono postulare. Nel terz' ordine, del quale ora si tratta, vengono comprese quelle persone cui la facoltà di postulare non è del tutto negata. E ciò per questo, ch' esse, come dice il giureconsulto, si reputano meno delinquenti di quelle che sono notate nei due capi precedenti. Il primo capo vieta di postulare al minore di diciasette anni e al muto: credo che il muto e il minore di diciasette anni non possono considerarsi come delinquenti e perciò l' illazione di questa legge mi sembra molto impropria.

(15) Veggasi quello che abbiamo detto nel principio del tit. I. lib. V. Dig.
(16) Editto 17. Dicembre 1834. art. 260. 263.
(17) L. 4. ff. de poen.

§. Deinde adjicit, 9.

§. De qua autem, 10.

Le persone contenute nel terzo capo dell' editto pretorio non potevano postulare se non per sè, e per certe determinate persone. Nulladimeno se mediante il beneficio della restituzione in intero venivano ripristinate nel primo stato, potevano postulare anche per tutti. Disputa il giureconsulto Pomponio di qual restituzione parli l' editto del pretore, cioè se di quella che viene concessa dal principe, ovvero di quella che viene concessa dal senato; e conchiude che l' editto contempli tanto l' una che l' altra. Oltracciò muove il dubbio se anche il pretore possa restituire in intiero, e risponde affermativamente, purchè egli accordi tal beneficio in forza della sua giurisdizione, come, per esempio, nel caso che un minore sia stato ingannato per debolezza di età, e generalmente negli altri casi contemplati nel titolo della restituzione in intiero. Oggigiorno la legge ha destinato i giudici e tribunali, cui compete la facoltà di accordare il beneficio della restituzione in intiero, e perciò tutta questa disputa di Ulpiano si rende inutile (18).

§. Deinde, 11.

L. Fatuo, 2. et seqq.

Le persone contemplate nella terza parte dell' editto non potevano postulare che per sè, e per certe determinate persone. Le presenti leggi descrivono quali sieno le persone, per le quali possono postulare, cioè pe' genitori; pel patrono e per la patrona; pe' figli del patrono e della patrona; pe' figliuoli, pe' fratelli, e per le sorelle; per la moglie, pel suocero e la suocera; pel genero e la nuora; pel patrigno e la matrigna; pel figliastro e la figliastra; pel pupillo e la pupilla; pel furioso e la furiosa; pel fatuo, per la fatua e simili altre persone. Per le ragioni da noi esposte nel principio di questo titolo, riteghiamo che le eccezioni proposte in queste leggi sieno oggigiorno inutili.

(18) Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. I. lib. IV. Dig.

L. Ex ea causa, 9.

Dice il giureconsulto che se a un tale sia stato dal preside di provincia interdetto di postulare e la sentenza non l' abbia reso infame, non può postulare solo nella provincia soggetta alla giurisdizione di quel preside; e quindi può postulare in altra provincia, sebbene per avventura essa abbia lo stesso nome.

Vuolsi osservare che anticamente per fare l' officio di postulante o di avvocato non era mestieri di riportare preventivamente l' approvazione di que' tribunali, presso i quali si voleva agire; quindi è che chi fosse stato sospeso o interdetto in una provincia, poteva esercitare l' ufficio in altra provincia non soggetta alla giurisdizione del preside che l' aveva sospeso. Oggigiorno però per agire dinanzi a' tribunali è necessaria l' approvazione de' medesimi; per la qual cosa se un avvocato venisse sospeso dal suo officio, non solo non potrebbe esercitarlo presso i giudici e tribunali civili compresi nella giurisdizione del tribunale di appello che l' ha ammesso; ma non potrebbe esercitarlo neppure presso gli altri per difetto di approvazione (19). Tuttavolta in pratica questa disposizione delle odierne leggi viene facilmente delusa, perocchè l' avvocato sospeso o interdetto, facendo uso di un nome tolto ad imprestito, non solo esercita il suo officio fuori della provincia; ma eziandio nella stessa provincia, in cui fu interdetto o sospeso.

L. Hi qui fisci, 10.

Secondo l' aperta disposizione delle leggi romane non è vietato all' avvocato del fisco il difendere anche contro il fisco medesimo la causa propria, quella de' figli, de' genitori o de' pupilli di cui amministra la tutela. Presso alcune nazioni le disposizioni del diritto romano non vennero osservate (20).

(19) Veggasi quello che abbiamo detto nel principio di questo titolo.
(20) Groenevv. hic.

TITOLO II.

DI QUELLI CHE SONO NOTATI D' INFAMIA.

SOMMARIO

I. *Collegazione del presente titolo con l' antecedente.*
II. *Della sociabilità fra gli uomini.*
III. *Dell' esistenza morale.*
IV. *Della pubblica opinione e dell' infamia.*
V. *Abuso delle pene d' infamia presso i Romani.*
VI. *Costumi odierni.*

I. Il titolo precedente ci fa conoscere che gl' infami non possono postulare; il titolo presente ci dichiara quali sieno le persone infami: L' infamia è di due sorta, di diritto e di fatto: la prima viene irrogata dalle leggi, da' senato-consulti e dagli editti de' pretori; la seconda nasce dalla sola indegnità dell' azione e viene irrogata dalla pubblica opinione.

II. L' uomo, come altre volte osservammo (21), non è fatto per la vita selvaggia; ma per vivere e convivere co' suoi simili. La belva, e generalmente tutti gli animali irragionevoli, non possono elevarsi sopra il loro essere nè per se stessi, nè per mezzo della specie, cui appartengono. La loro natura è quella di vivere nell' isolamento, o almeno di limitarsi alla compagnia più semplice provocata dall' istinto. Essi sono ristretti nella propria loro individualità, nè hanno altro desiderio, se non la soddisfazione immediata de' loro bisogni. Ma l' uomo non può vivere nell' isolamento: per la propria difesa, per la soddisfazione de' primitivi bisogni, per lo sviluppo della propria ragione, e finalmente per tutti i rapporti morali, egli ha bisogno della compagnia de' suoi simili. Il carattere della sociabilità è il distintivo dell' uomo: la sociabilità, dice un espositore di diritto naturale, è l' espressione dell' unità del genere umano. Tutti gli uomini hanno la stessa natura, e per conseguenza il medesimo scopo e la medesima destinazione: per la qual cosa trovano fra loro numerosi punti di contatto e di unione; e siccome tutte le cose della vita umana sono fra loro di tal modo incatenate, che ognuna pel suo compimento chiede la realizzazione delle altre, così è necessario che gli uomini vivano in società

(21) Cioè nel §. 17. n. 1. Tit. I. lib. II. Istit.

per eseguire col concorso della loro intelligenza e della loro attività quelle opere, per le quali non basterebbe la lora forza isolata.

III. L'uomo ha una duplice esistenza, fisica e morale: la prima il rende comune col genere degli animali, la seconda il restringe nella sua propria specie. L'esistenza morale fa ch'egli debba considerarsi come un membro del corpo al quale appartiene, capace de' medesimi rapporti, delle medesime prerogative, de' medesimi diritti, de' medesimi officii. Uno de' punti precipui di tale esistenza è l'amicizia e la stima di quelli co' quali è collegato in società, ossia la pubblica opinione. L'uomo dalla pubblica opinione dichiarato infame cessa, per così dire, di appartenere alla società degli uomini. Egli resta isolato, spoglio di que' diritti, di que' rapporti, di quelle prerogative e di quegli officii che formano parte essenziale della sua morale esistenza.

IV. La perdita della pubblica opinione, separando l'uomo dalla comunione de' suoi simili, è senza dubbio una pena che ferisce la sua esistenza morale, come la morte colpisce la sua esistenza fisica. I più saggi legislatori degli antichi popoli fecero di essa il più efficace istrumento per allontanare gli uomini da' delitti. Gli Egizi furono de' primi a porla in opera, i Greci ne imitarono l'esempio, e fecero altrettanto i Romani (22). L'istituzione della censura fu seza dubbio la più bell'opera degli antichi. La nota censoria non toglieva al delinquente alcuna delle prerogative di cittadino, ma toglieva la pubblica stima (23). Finchè Roma si mantenne nella purezza de' suoi costumi, questa pena era bastantemente efficace, perchè sanzionata dalla pubblica opinione, nè avea bisogno di altre combinazioni che ne aumentassero il valore. Ma quando i costumi de' Romani cominciarono a decadere, la nota censoria perdè la sua efficacia, e le leggi per dare all'infamia un valore v'aggiunsero parecchie altre combinazioni. Chiunque dalle leggi fosse stato chiarito infame, veniva escluso da qualunque dignità civile e militare (24), da qualunque ministero giudiziario (25), rimaneva privo di ogni potere e della speranza di ottenerlo (26), e e non poteva erigersi in accusatore e testimonio ne' giudizi 27). L'in-

(22) Diod. Sic. lib. 1. p. 103. Plutarc. in Minos.

(23) Censoris judicium nihil fere damnato affert, nisi ruborem. Itaque quod omnis ea judicatio versatur tantummodo in nomine, animadversio ista ignominia dicta est Cicer. de rep. lib. 4.

(24) L. 3. Cod. de dignit. l. 4. §. ad tempus, ff. de re milit.

(25) L. ne quis, 38. Cod. de decur. l. 1. ff. ad l. Jul. de vi priv. l. cum praetor, 12. §. lege, ff. de jud. l. 2. ff. de offic. adsess.

(26) L. 1. §. secundo, et §. aut praetor, ff. de postul.

(27) L. 4. l. 8. ff. de accusat. l. 3. l. 21. ff. de testib.

famia, perchè non seguita dalla pubblica opinione, non costituiva più di per se stessa una pena indipendente, ma per esser tale fu d'uopo rivestirla della perdita delle prerogative di cittadino.

V. Caduta la repubblica e stabilito l'impero; il capriccio de' Cesari fece all'infamia spiegare un corso che trascese ogni confine. Posto dall'un de' lati quello che ne pensasse la pubblica opinione, l'infamia della legge gravava sul capo de' cittadini, senza ch'ell'avesse di per se stessa alcuna efficacia. Il numero degl' infami che si moltiplicava ogni giorno, scemava l'infamia di tutti, e tornava in infamia di nessuno. La pubblica opinione che non attaccava all'azione alcuna marca di obbrobrio, riteneva l'infame come un oppresso e trionfava sulla legge. Tanto è vero che l'infamia della legge è impotente, allorchè non è seguita dall'infamia di fatto.

VI. La giurisprudenza criminale che guari tempo si resse miseramente in Europa co' principii delle leggi romane, fu prodiga anch'essa di pene infamanti, ma senza costrutto. Ma tosto che mediante i lumi di una saggia filosofia adattata a' tempi presenti, della suddetta giurisprudenza fu fatta una scienza separata, modellata sul cuore dell'uomo e sopra i rapporti ch'egli ha col suo simile, fecesi studio di conciliare l'infamia di diritto con quella di fatto, e le pene infamanti diminuirono. E in fatti, come egregiamente argomenta il Filangieri, l'infamia è una pena, e la pena non è che la perdita di un diritto. Il diritto che si perde con l'infamia, considerata di per se stessa, è la perdita della pubblica opinione: se la pubblica opinione non considera come infame colui che la legge condanna all'infamia, la pena svanisce di per se stessa, perchè perde il suo effetto. Presso noi, come presso altri principati Italiani, non v'ha alcuna pena, la quale sia dalle moderne leggi dichiarata infamante; e perciò i soprarrecati effetti dell'antica infamia di diritto, si possono oggigiorno ridurre alla pena della privazione e interdizione dall'esercizio de' pubblici impieghi e de' diritti civili. Secondo il Codice di Francia, col quale si regge anche la nazione de' Belgi, non v'ha pena in materia criminale che non sia dalle leggi dichiarata infamante (28). Il che, se non erro, parmi sia un moltiplicare di sovverchio il numero degli infami. Vuolsi però avvertire che sebbene l'attuale nostro Codice penale non faccia alcuna menzione di pene infamanti, non è per questo che esse non vi siano implicitamente stabilite. La pena è sempre infamante, qualora sia per se stesso infamante il delitto che l'ha meritata. L'odierna legisla-

(28) Cod. pen. Franc. art. 6.

zione, concordando co' principii del diritto costituendo, stimò fosse bastante l'infamia di fatto, la quale viene di per se stessa confermata dalla sentenza del giudice, allorchè l'azione criminosa è di sua natura infamante (29).

L. Praetoris, 1.

In questa legge prima Giuliano espone l'editto del pretore, nel quale vengono generalmente numerate tutte quelle persone che si ritengono come infami. Delle medesime trattasi più particolarmente nelle leggi seguenti, e perciò vaglia in proposito rimettere il lettore a quello che abbiamo detto nei libri delle Istituzioni (30) e nella rubrica di questo titolo.

L. Quod ait praetor, 2.

§. Ait praetor, 5.

SOMMARIO

I. *Origine de' teatri e de' commedianti.*
II. *Decadenza de' costumi di Roma.*
III. *Costumi odierni.*

I. Le giostre, le lotte, i pugilati e simili altri giuochi dell'antichità, solevano farsi nel circo, nelle piazze o in altri luoghi appositamente destinati. Chiunque si fosse applicato a tali esercizi solo per far mostra della propria forza ne ritraeva grandissima lode; se v'entrava di mezzo una mercede, la lode si cambiava in biasimo, e il lottatore, il giostratore o il gladiatore, veniva notato d'infamia. In ogni modo, tanto se l'esercizio fosse stato gratuito quanto se fosse stato venale, il popolo vi traeva a gran calca. La moltitudine, spandendosi intorno senza alcun ritegno, spesso avvolgeva nella confusione anche quelli che dovevano giudicare sulla valentia degli atleti, e formava col proprio corpo impedimento a quelli che rimanevano in-

(29) L'odierna legge, per esempio, punisce il lenocinio semplice con tre ai cinque anni di galera, e con tre gradi più di pena il qualificato: niuna parola trovasi dell'infamia. In questi casi però la pena è infamante, perchè infamante è il delitto.

(30) Cioè nel §. 2. tit. XVI. lib. IV.

dietro. Questi, per godere dello spettacolo che veniva loro presentato, rimuovevano l' ostacolo, sottopenendo a' piedi alcune zolle di terra: in quel modo, fatta una certa specie di rialzo, i secondi in luogo più eminente soprastavano a' primi: i terzi facevano altrettanto riguardo a' secondi, e così via via si venivano a formare parecchie fila di spettatori, senza che le une fossero di grave impedimento al piacere delle altre. Questa disposizione del popolo spettatore fece nascere il pensiero di formare un luogo apposito, nel quale la moltitudine potesse convenire a miglior agio senza confusione e con ordine maggiore. Furono inventati i teatri, quantunque nella loro prima istituzione, almeno in Roma, punto non si pensasse nè alle commedie nè alle tragedie (31). Sotto il consolato di Licinio Stolone e Sulpizio Potito, Roma fu afflitta da una pestilenza gravissima: per ovviare al male ogni giorno crescente, si prendevano degli espedienti, si consultavano i savi, si pregava agli Dei. Intrattanto nulla si ommetteva per allontanare dal popolo il terrore e l' avvilimento. Alcuni saltatori e giuocatori Etruschi comparvero la prima volta sulla scena, e con la massima indecenza ballando, suonando, cantando, imitando le usanze de' loro paesi, e ponendo in ridicolo quelle degli altri, davano di sè trastullo al popolo (32). Questa fu la prima origine de' commedianti, i quali, come persone molli, venali, ridicole, inoneste, e poco meno che femmine, per la loro oscenità, per la loro indecenza, e pe' loro costumi, venivano riguardati come vili ed infami (33).

II. Il Romano incallito nell' amore della preda e delle vittorie; il Romano avvezzo all' eloquenza degli Scevola e degli Ortensi; doveva naturalmente abborrire una professione che non spirava, almeno in que' tempi, se non oscenità e mollezza: ma il Romano corrotto dal lusso, incodardito nell' ozio, avvilito nella servitù, doveva per necessità cambiare principii. La mobile natura delle cose non comporta che i costumi siano eterni: in bene o in male, in meglio o in peggio, debbono cambiare anch' essi: a Roma accadde di cambiarli in peggio; da da Augusto agli Antonini il cambiamento fu rapido; dagli Antonini a Costantino fu rapidissimo. In leggendo questo responso di Ulpiano, e sapendo in quanto onore fossero a Roma tenuti i Tulli e gli Antonii, saremmo ben lontani dal credere che i Romani, degradando a un tratto, dimenticassero quelle antiche leggi che chiarivano infami gl' istrioni, e

(31) Rosin. antiq. Rom. lib. 5. cap. 4. et 6. Salmuth. ad Pancirol. rer. memorab. Tit. 18.

(32) Rosin. antiq. Rom. lib. 5. cap. 6.

(33) Veggasi il Salmuth, ad Pancirol. rer. memorab. tit. 18.

padri della patria gli oratori; e giungessero perfino a preferire i primi a' secondi. Eppure poco dopo Costantino, in un' epoca, in cui vennero da Roma licenziati i forestieri per timore di una fame imminente che soprastava alla città, si cacciarono senza alcuna distinzione pochi letterati e maestri ch' erano ancora rimasti, e si preferirono invece seimila cantatrici e ballerine con tutti quelli che si finsero della loro comitiva (34). L' oratore e il filosofo divenne in quel tempo il rifiuto de' Romani in confronto dell' istrione e del mimo (35). Se Ulpiano avesse visauto in que' tempi forse l' istrione ed il mimo non sarebbero stati collocati nel numero degli infami.

III. Oggigiorno però che l' arte comica è giunta al grado di perfezione; che invece di essere l' esempio dell' oscenità e dell' indecenza, è la scuola de' costumi e della sana morale; che per eseguirla a dovere esige educazione, studio, coltura, ingegno e molte altre prerogative fisiche e morali; non è più la carriera dello sprezzo e del biasimo; ma, all' opposto, quella degli onori e della lode. Non è mio istituto il far conoscere qual differenza corra fra l' arte comica in ispecie, e il canto e il ballo, il quale ottiene oggigiorno un' ingiusta preferenza: mio istituto è solo di osservare quanto sia grande la differenza de' tempi. Quelle cantatrici e quelle ballerine che anticamente si ritenevano come infami, oggigiorno si ritengono come virtuose. E il fanatismo di questa virtù ha presso noi tanto piede, che in suo confronto tutte le altre virtù vengono oggigiorno reputate meno del nulla.

L. Qui autem, 3.

Dice il giureconsulto, che quegli che fu pagato per andare sulla scena e non vi andò, non è notato d' infamia, non essendo questa una cosa turpe di tal modo, che se ne debba punire anche il pensiero. A questo responso di Gaio è contraria una risposta di Ulpiano, nella quale è detto che chi fu pagato per scendere nell' arena, e non scese, viene tuttavia notato d' infamia (36). Alcuni de' più chiari Interpreti fra' quali l' Alciato (37), il Corasio (38), il Brissonio (39), il Revardo (40),

(34) Ammian. Marcell. lib. 14. cap. 6.

(35) Homines eruditos et sobrios, ut infaustos et inutiles vitant.... pro philosofo cantor et in locum oratoris doctor artium ludricarum accitur. Ammian. Marcell. d. loc. et lib. 28. cap. 4.

(36) L. 1. §. 6. ff. de postul.

(37) Lib. 2. praetermis et parerg. lib. 6. cap. 5.

(38) Lib. 4. Miscell. cap. 24.

(39) Lib. 1. select. Antiq. cap. 10.

(40) Ver. lib. 5. cap. 20.

il Salmuth (41), e altri parecchi, cercararono di conciliare tale antinomia, ma secondo la testimonianza del Gotofredo (42) la quistione non cessò di essere per questo meno intralciata ed oscura. Crediamo superfluo di esporla, dacchè negli odierni costumi è inutile (43).

L. Athletas, 4.

§. Ait praetor, 2.

SOMMARIO

Del Lenocinio. Giurisprudenza romana ed odierna.

Presso gli antichi gli stabulari e gli ostieri solevano nelle loro taverne ritenere le serve per trarne partito mediante la loro prostituzione. Questo iniquissimo mercimonio non era soggetto ad alcuna sanzione penale, e solo il pretore nel suo editto comminò contro gli autori l'infamia. Nell' universale corruzione dell' impero i lenoni abbondavano: lusingando essi le miserabili fanciulle con le vesti, col cibo, con gli ornamenti e con le promesse, le pigliavano alle reti, facendo poscia della loro innocenza esecrabile mercato. Giustiniano, mosso dalle querele della città e delle provincie, comminò contro i lenoni la pena di morte (44). Col decorso del tempo la legge andette in disuso. Fors' era troppo rigorosa, ma consigliata dalle circostanze de' tempi. Sotto il pontificato di Paolo IV. e di Sisto V. fu nuovamente chiamata in vigore. Il primo prescrisse la pena di morte, qualora il delitto fosse esercitato sopra giovinetti o vergini, la cui integrità de' costumi facesse abborrire dalla corruzione: il secondo punì della stessa pena il lenocinio qualificato, commesso dal padre, dalla madre o dal marito, nella persona della figlia o della moglie. Nulladimeno i tribunali nell' applicazione de' casi pratici, solevano per lo più moderare il soverchio rigore di queste leggi (45).

Presso noi il lenocinio semplice è punito dai tre ai cinque anni di galera, e se la seduzione abbia prodotto la prostituzione di persona innocente, la pena si accresce di due gradi. Questo accrescimen-

(41) Ad Pancirol. rer. memorab. Tit. 18.
(42) Hic, in not.
(43) Veggasi quello che abbiamo detto nella rubrica di questo titolo, e nella citata legge 1. §. 6.
(44) Nov. 14.
(45) Renazzi, Elem. jur. crim. lib. 4. part. 2. cap. 4. §. 5.

to di pena ha luogo per quelli che riunissero più persone col fine di prostituirle. Il lenocinio qualificato in persona degli ascendenti, de' mariti, e de' fratelli, è punito con l' aumento di un altro grado, e con la stretta custodia (46). Nella vicina Toscana, tanto pel lenocinio semplice che pel qualificato, è prescritta la pena dell' esiglio contro i maschi, e la reclusione contro le femmine. Se il lenocinio sia stato esercitato sopra una vergine e sopra un' impubere, o con violenza, la pena riceve un aumento (47). Secondo il codice penale di Francia, col quale presso a poco concordano le vigenti legislazioni Italiane, chiunque abbia attentato ai costumi, eccitando, favorendo o facilitando abitualmente la dissolutezza o la corruzione della gioventù dell' uno o dell' altro sesso al di sotto dell' età di ventun' anno, è punito con la detenzione di sei mesi a due anni, e con multa da cinquanta a cinquecento lire. Se la prostituzione o corruzione sia stata eccitatata, favorita o facilitata dai padri, dalle madri, da' tutori, o da altre persone incaricate di averne cura, la pena è la detenzione da due ai cinque anni, con la multa di trecento a mille lire (48). I colpevoli del delitto indicati nel suddetto articolo sono oltracciò interdetti da ogni tutela e curatela, e da ogni partecipazione al consiglio di famiglia per due anni almeno, e cinque al più, se sono fra quelli, ai quali si applica il primo paragrafo del detto articolo; e per dieci almeno, e venti al più, se sono tra quelli di cui si parla nel secondo paragrafo. Se il delitto è stato commesso dal padre o dalla madre, il colpevole viene inoltre privato dei diritti e vantaggi dalla legge Francese accordatagli sulla persona e sui beni del figlio (49).

§. Pomponius, 3.

Dice Pomponio che se uno schiavo abbia nel suo peculio delle schiave prostituite, fatto libero, diventa infame. Siccome il servo presso gli antichi era considerato come non fosse, così, durante la servitù, neppure meritava la contemplazione delle leggi; l' infamia non è che la perdita della pubblica opinione, e il servo, come tale, non poteva perdere quello che non aveva. Per le ragioni altrove allegate (50) ritengo che questo paragrafo sia oggigiorno inutile.

(46) Editto sui delitti e sulle pene, 20. Settembre 1832. art. 181. 182. 183.
(47) Cod. Leopold. art. 101. Carmignan. Elem. jur. crim. §. 1138.
(48) Cod. pen. Franc. art. 334.
(49) Cod. pen. Franc. art. 335.
(50) Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. III. lib. I. Istit.

§. Calumniator, 4.

Per diritto civile il calunniatore non è notato d' infamia, se non quando sia stato condannato come tale. Laonde, per essere escluso dalle cariche, dalle dignità, dalla testimonianza, e dagli altri diritti, de' quali abbiamo parlato nel principio del presente titolo, non basta ch'egli abbia calunniato; ma è necessario che la sua calunnia consti legittimamente per sentenza del giudice. Secondo la disposizione de' sacri Canoni, con la quale concorda la pratica del foro, per essere rimosso dalla testimonianza in giudizio non è necessario che il testimonio sia stato condannato in un giudizio precedente; ma basta che il suo delitto possa provarsi in quel giudizio medesimo nel quale è assunto come testimonio (51).

§. Item si, 5.

Secondo le leggi romane l' azione d' ingiurie, tanto nel giudizio civile che nel criminale, infama il condannato (52). Per diritto Canonico l' ingiuria lieve non arreca infamia (53). Nell' uso del foro l' irrogazione dell' infamia non solo non ha luogo nell' ingiuria lieve, ma neppure nell' atrocissima (54).

L. Furti, 7.

§. Mandati, 5.

§. Illud plane, 6.

Il giureconsulto, spiegando l' editto del pretore, tratta in questi due paragrafi de' giudizi diffamatori che nascono da contratto, e pone nel numero degl' infami tutti quelli che vengono condannati in proprio nome nell' azione diretta di società, di tutela, di deposito e di

(51) C. super eo, de test. et attest. Abbas. ibid. n. 3. Felin. ibid. n. 3. Pirhing. ibid. n. 9. Reiffen. ibid. n. 60. Farinacc. quaest. 56. n. 129.

(52) Hic, et l. 18. Cod. ex quib. caus. inf. irrog. Quantunque l' ingiuria fosse fatta ad un servo, ridondando essa nella persona del padrone l. 10. Cod. eod.

(53) C. 23. de sent. et re jud.

(54) Gail. lib. 2. obs. 102. Carpzov. prax. crim. p. 2. quaest. 94. n. 78. Brunemman. in l. 5. Cod. ex quib. caus. inf. irrog.

mandato (55). Quanto agli odierni costumi, veggasi quello che abbiamo detto ne' libri delle Istituzioni (56).

Solet, 10 et seqq.

SOMMARIO

I. *Delle seconde nozze.*
II. *Delle pene contro i binubi. Diritto Giustinianeo.*
III. *Correzione de' Sacri Canoni.*
IV. *Estensione della medesima.*
V. *Pratica del Foro e legislazione straniera.*

I. Le leggi romane, e generalmente la legislazione di Giustiniano, considerano le seconde nozze come un' azione illecita, e come una doppia ingiuria. L' azione si reputa illecita, perchè la vedova che contrae nuove nozze, offre argomento d' intemperanza e offende, per così dire, il proprio pudore. Della qual cosa furono tanto solleciti gli antichi Romani, che, secondo la testimonianza di Valerio Massimo, solevano ornare di una corona il capo di quella vedova che si fosse astenuta dal secondo matrimonio (57). Si reputa ingiuriosa, perchè mentre la vedova, presa di amore, dona il suo affetto ad altro marito, in certo qual modo mostra che lieve era il suo affetto pel primo, o, se non altro, che l'ha posto in non cale. Oltracciò si reputa ingiuriosa, perchè col secondo matrimonio negligenta l' amore dei propri figli, mettendoli sotto la custodia di un uomo che spesso può avere de' particolari motivi per non amarli. Tutte queste ragioni, con uno stile più da retore che da legislatore, ci vengono allegate dal medesimo Giustiniano (58) Il quale considerando la vedova novellamente congiunta come un' empia e scellerata, volle severamente punirla. Ma se la legge considerò che la vedova, contraendo nuove nozze, reca un' onta a se stessa, un' ingiuria al predefunto ed a' figli, l' onta e l' ingiuria dovea per conseguenza ritenersi più grave, allorchè, senza por tempo in mezzo, ella correva a nuovi amplessi prima che spirasse un termine, più o meno

(55) Concord. l. 22. Cod. ex quib. caus. inf. irrog.
(56) Nel §. 2. Tit. XVI. lib. IV.
(57) Valer. Mass. lib. 2. cap. 1.
(58) Nov. 22. cap. 43. Parecchi le rifiutarono e confutarono. Veggansi Pecr. de testam. conjug. lib. 1. cap. 24. n. 1. Molin. de rit. nupt. et pact. in matr. conv. lib. 3. quaest. 67. n. 18. Rittersuth. de diff. jur. lib. 2. cap. 2.

lungo, atto a lasciare totalmente illesi i diritti del sangue. Per la qual ragione la vedova che contraesse nuove nozze prima che fosse decorso il tempo stabilito al bruno, veniva dalle leggi maggiormente punita di quella che contraesse le nuove nozze dopo il tempo legittimo.

II. Tempo legittimo presso i Romani era lo spazio di dieci mesi, perchè in dieci mesi compivasi l' anno stabilito da Romolo (59). Numa aggiunse all' anno due altri mesi; ma nulladimeno il tempo del lutto non fu accresciuto che per una costituzione di Graziano, Valentiniano e Teodosio, i quali il prolungarono sino a dodici mesi (60). Durante questo tempo la femmina dovea portare il bruno (61), nè potea dimetterlo se non per qualche causa pubblica, e talvolta anche privata (62). Dimettendo il bruno, non le venìa però fatta licenza di andare nuovamente a marito, se prima non era trascorso il tempo prescritto (63). Se la vedova, cedendo a' suoi desiderii, avesse infranto le leggi del lutto, cadeva nelle pene contr' essa comminate: come di due sorta era l'ingiuria, di due sorta erano parimenti le pene. Le prime, essendo costituite in odio delle seconde nozze, vendicavano l' ingiuria recata all' estinto marito: le altre, riguardando il favore della prole, vendicavano l' ingiuria recata a' figli.

Quanto alle pene del primo genere;

1.° Incorreva nell' infamia (64).

2.° Non poteva succedere ab intestato a' suoi propri consanguinei oltre il terzo grado (65).

(59) Concord. Cod. Albert. art. 145. Secondo il Codice Austriaco la vedova non può passare ad altre nozze, se è gravida, prima del parto; se vi è dubbio sulla gravidanza, prima che siano scorsi sei mesi. Se attese le circostanze, o per giudizio de' periti, la gravidanza non è verisimile, si può dopo tre mesi concedere la dispensa nelle città capitali dal governo, e nelle provincie dagli uffici del circolo. Cod. Austr. art. 120. Niuna menzione v' ha di questa materia negli altri Codici Italiani.

(60) L. 2. Cod. de sec. nupt. Presso alcuni popoli la suddetta costituzione non fu ricevuta, limitando il tempo del lutto a soli sei mesi Rittershuth de diff. jur. lib. 2. cap. 5. Veggasi la nota antecedente.

(61) Paol. Sent. lib. 1. Tit. XXI. §. 13. §. 14. Erodiano, coetaneo di Paolo, rende testimonianza che le vedove in tempo di lutto dovevano vestire di bianco, lib. 4. cap. 2. Questa costumanza però era speciale nell' assistenza de' funerali; mentre, come dice Plutarco, il bianco si addice anche a quelli che si seppelliscono: quaest. Rom. p. 270. dopo indossavano il nero.

(62) Tit. Liv. XXII. 56. Val. Mass. lib. 1. cap. 1. n. 14.

(63) L. 15. Cod. ex quib. caus. inf. irrog.

(64) Hic, et l. 1. Cod. de sec. nupt.

(65) L. 1. et 2. Cod. de sec. nupt.

3.° Veniva privata di tutti i privilegi di onore acquistati col primo matrimonio, rimanendole in avvenire solo quelli che avesse acquistati col secondo (66).

Quanto alle pene del secondo genere;

1.° Non poteva nè per atto tra' vivi nè per ultima volontà lasciare al secondo marito più della terza parte de' suoi beni (67).

2.° Diventava incapace di qualunque eredità, di qualunque legato, fidecommisso o donazione per causa di morte, proveniente da' figli del primo letto, o dagli ascendenti od agnati de'medesimi (68).

3.° Perdeva la proprietà e l' usufrutto di tutto ciò che avesse acquistato dal primo marito, tanto per titolo di donazione, che per ultima volontà (69).

III. Queste pene, tuttochè per avventura non lievi, non erano però le sole che il diritto Giustinianeo avesse stabilito contro le seconde nozze; esse erano speciali contro la vedova che le avesse contratte prima del tempo legittimo: le altre erano comuni anche a quella che le avesse contratte dopo il tempo suddetto. Ma il diritto Canonico, correggendo la severità delle leggi civili, permise al coniuge di contrarre il secondo matrimonio anche prima dell' anno (70). Dietro cotesta correzione la vedova non rimase più obbligata ad attendere il decorso dell'anno dalla morte del primo coniuge; ma le fu fatta licenza di poter contrarre le nozze anche prima, tosto che della morte di lui avesse legittima certezza (71). Questa disposizione fatta per lo scopo di favorire il matrimonio operò due rilevanti effetti. Il primo fu l' abolizione di tutte le pene dalle leggi romane e da Giustiniano comminate in odio delle seconde nozze (72); l' altro fu l' abolizione della differenza fra le noz-

(66) L. filii, §. 1. ff. ad munucip.

(67) L. 1. l. 2. Cod. eod.

(68) D. l. 1. et 2. Cod. de sec. nupt.

(69) D. l. 1. et 2. Cod. de sec. nupt. Concord. Cod. Albert. art. 145. Cod. Austr. art. 121.

(70) C. super ille, 4. de sec. nupt.

(71) Sanchez. de matrim. lib. 2. disp. 46, n. 6. Bosco, disp. 12. sect. 12. concl. 2. n. 22. Covarr. part. 2. cap. 7. §. 3. n. 3. Guttier, pract. quaest. lib. 2. quaest. 8. n. 4. Reiffen. in lib. 4. Decret. tit. 21. n. 7.

(72) Rimasero quindi abolite e corrette le l. uxor, 6. ff. de divort. l. 7. Cod. de repud. Nov. 117. cap. 11. l. 1. l. 2. Cod. de sec. nupt. Nov. 22. cap. 23. e simili. Veggansi Sanchez, de matrim. lib. 7. disp. 87. n. 23. Pirhing. in lib. IV. Decret. tit. 21. n. 8. Covarr. de matrim. part. 2. cap. 3. §. 9. Ant. Gabriel. lib. 3. tit. de sec. nupt. concl. 5. Surd. de alim. tit. 9. quaest. 30. Rittershuth. de diff. jur. lib. 2. cap. 6. Corås. Miscell. lib. 3. cap. 1. n. 6.

ze contratte prima e dopo l' anno del lutto (73). E in fatti, il favore da' Sacri Canoni accordato al matrimonio dovea per conseguenza abolire quelle pene che dal diritto comune furono comminate in odio del medesimo; e, d' altronde, ammesso che la vedova potesse incontrare nuove nozze, tosto che della morte del primo coniuge avesse legale certezza, dovea per conseguenza discendere che il suo secondo matrimonio si avesse a ritenere contratto come in tempo legittimo, ogni qual volta la morte del primo marito fosse provata nel modo voluto dalle leggi (74), senza distinguere se il matrimonio fosse contratto prima o dopo l' anno del lutto. I Sacri Canoni non prefiggono in epoca delle seconde nozze il decorso dell' anno; ma solo la sicurezza della morte del primo coniuge: qualora vi sia tal sicurezza per diritto Canonico il tempo è sempre legittimo (75).

IV. Ma comecchè i Sacri Canoni per favorire il matrimonio abbiano abolito le pene contro il medesimo, e riddotto alla stessa condizione il coniuge che incontra nuovi legami prima dell' anno e quello che gl' incontra dopo l' anno; ciò nondimeno lasciarono interamente sussistere quel genere di pene che dalle leggi civili furono stabilite in favore de' figli del primo letto (76). Imperciocchè sapientissimamente le leggi Canoniche, abolendo l' infamia (77) e le altre pene che forse più non convenivano alla mutata civiltà del secolo, ebbero però in considerazione le calamità che spesso sovrastano a' figli del primo matrimonio, allorchè vengono assoggettati alle cure di un padrigno o di una madrigna. I quali sovente con simulato amore adescando il cuore del padre o della madre, usurpano per sè stessi o pe' figli propri que' pensieri e quelle cure che dovrebbero essere impiegate pe' figli del primo affetto.

V. Presso alcuni popoli fu ricevuto che i genitori binubi dovessero assegnare a' figli del primo letto i beni del coniuge premorto, o, in luogo di essi, una certa somma di danaro o altri oggetti, secondo

(73) Tesaur. quaest. for. lib. 1. quaest. 28. n. 5. Ant. Fabr. Cod. suo for. lib. 8. tit. 5. def. 1. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 1. tit. 9. §. 1051.

(74) Veggansi il Layman. lib. 5. tract. 10. part. 3. Guttier. pract. quaest. lib. 2. quaest. 8. n. 9. Sanchez, de matrim. lib. 2. disp. 47. n. 7. Reiffen. in lib. IV. Decret. tit. 21. n. 7. et seqq.

(75) Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 1. tit. 9. §. 1054. 1058.

(76) Sanchez, de matrim. lib. 7. disp. 88. n. 39. Guttier. de matrim. cap. 208. n. 11. Pirhing. in lib. IV. Decret. tit. 21. n. 9. Reiffen. ibid. n. 48. Covarruv. de sponsal. part. 2. cap. 3. §. 9. n. 5.

(77) C. 4. et fin. de sec. nupt.

che fosse tra loro convenuto (78). Presso noi, come presso parecchie fra le moderne legislazioni Italiane, abolite a norma delle disposizioni de' Sacri Canoni, le pene in odio delle seconde nozze, le pene più comuni contro i binubi, da' tribunali talvolta moderate nell'applicazione a' casi pratici, presso a poco si riducono a quattro.

Il coniuge binubo

1.° Perde la proprietà di tutti i beni per qualunque titolo acquistati dal primo marito, riserbatogli soltanto l'usufrutto per tutto il tempo di sua vita (79). La proprietà viene conservata a' figli del primo letto, la quale, essendo concessa dalla legge, non si può loro togliere, sebbene il coniuge predefunto abbia prestato il suo consenso al nuovo matrimonio del superstite (80).

2.° Non può per qualunque titolo tra' vivi o per ultima volontà lasciare al secondo coniuge maggior porzione di quella che abbia lasciato ad uno de' figli del primo matrimonio (81). Nel caso che avendo del primo matrimonio più figli, abbia fatto parti disuguali, non può lasciare al coniuge più di quello che abbia lasciato al figlio meno favorito (82).

3.° Perde ogni diritto alla tutela e alla cura de' figli impuberi avuti dal primo matrimonio; e passando alle seconde nozze prima di aver loro provveduto il tutore, perde anche il diritto alla legittima nella loro successione (83).

(78) Grozio, manud. ad Jurispr. Holland. lib. 1. cap. 9. n. 6. 7.

(79) Ruota, nella Nullius, seu S. Salvatoris Majoris immissionis, 27. Giugno 1791. Cesarei §. 6. Concord. Cod. Albert. art. 146.

(80) Ruota, nella Fanen. immissionis quoad bona Cunegundae de Aste, 18. Febbrajo 1791. Paracciano, §. 4. Concord. Cod. Albert. art. 147. Nulladimeno, secondo il Codice Albertino, cessa questa pena, qualora il coniuge premorto abbia espressamente dichiarato nelle convenzioni matrimoniali o per atto di ultima volontà, che il superstite debba ritenere la proprietà de' beni suddetti, non ostante il di lui passaggio alle seconde nozze. Art. 148.

(81) Ruota, nella d. Nullius, seu S. Salvatoris Majoris Immissionis, §. 7., e nella Foroliv. restitutionis dotis, 14. Giugno 1793. Malvasia, §. 3. Concord. Cod. Albert. art. 149.

(82) Ruota nella Spoletana nullitatis testamenti, 25. Febbrajo 1791. Resta, §. 10. Concord. Cod. Albert. d' art. 149. Quid se avesse lasciato più al marito che al figlio? In tal caso il testamento non sarebbe nullo; ma il di più si toglierebbe, e cederebbe in utile de' figli del primo letto. Decis 381. per tot. part. 4. recent. Concord. Cod. Albert. art. 149.

(83) Bichio, Decis. 414.

4.° Nella successione del figlio non ha che il solo usufrutto riguardo a' beni dal medesimo acquistati dal padre, e la piena proprietà ne' beni dal figlio acquistati altronde (84).

L. Quid ergo, 13.

§. Item, 3.

Per diritto civile de' Romani la femmina congiunta mediante gli sponsali *de futuro* può lecitamente contrarre matrimonio con un altro, purchè rinunci agli sponsali precedentemente contratti: s'ella contrae il matrimonio, o il nuovo sposalizio, senza premettere la rinuncia, incorre nell' infamia. Indi inferiscono gl' Interpreti, che gli sponsali per diritto civile non sono obbligatorj, potendosi rinunciare a' medesimi. Per diritto Canonico gli sponsali sono obbligatorj nascendo da essi legittimo impedimento. Se la promessa di matrimonio è seguita ed accettata liberamente, senza timore o inganno, somministra l' azione contro chi voglia senza giusto motivo recedere dal contratto, acciocchè la promessa si osservi (85). Che anzi, se la mancanza proviene per parte del maschio, può essere costretto all' osservanza anche mediante le censure Ecclesiastiche (86). E il prudente arbitrio del giudice non può astenersi dal costringere gli sposi, se non quando egli conosca che il rifiuto deriva da giusta causa, e che il matrimonio, contratto solo per timore della pena, può partorire di pessime conseguenze (87). In questo caso però la parte che risente il danno, ha diritto di ripeterne l'emenda (88).

(84) Ruota, nella Foroliv. legitimae quoad. dotem Liviae, 28. Gennajo 1791. Resta, §. 5. e seq. nella quale viene eruditamente disputato doversi alla madre binuba la legittima ne' beni del figlio, e poter lei agire pel supplemento, qualora non le venga lasciata nella sua misura. Possono pertanto riscontrarsi più a lungo su questa materia il Voet comm. ad Pand. lib. 23. Tit. II. Someren. de jur. noverc. cap. 13. n. 3. Hodiern. in l. hac edictali, quaest. 42. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 1. tit. 9. per tot. ed altri.

(85) Cap. 10. de sponsal.

(86) D. cap. 10. de sponsal.

(87) Ruota nella Majoricien. Sponsalium, 25. Aprile 1746. e 16. Gennajo 1747. Bussi.

(88) Ruota, nella Setina Sponsalium super damnis et expensis, 4. Marzo 1754. Fantuzzi.

§. Pena, 7.

Per legge romana il condannato rimane esente dall' infamia, qualora il giudice gli applichi una pena più grave della legittima. In questo caso, dice il giureconsulto, si presume intervenuta una quasi transazione, mentre si suppone che il giudice, applicando al reo una pena più grave di quella che viene prescritta dalle leggi e dalle costituzioni, abbia tacitamente pattuito di conservargli la pubblica opinione. Parecchi fra' moderni giureconsulti sono fra loro in quistione per decidere se il tenore di questo responso possa essere applicabile anche negli odierni costumi, in cui le leggi di ciascun luogo, limitando al più possibile l'arbitrio de' giudici, hanno specialmente stabilito le pene a ciascun delitto. Prescindendo dal riportare le ragioni da' medesimi allegate per sostenere o l' una o l' altra opinione, mi limiterò a riferire la conchiusione della maggior parte, la quale produce a capo la controversia, formando una distinzione fra il diritto costituito e il diritto costituendo.

Il diritto costituito ha classificato i delitti e per essi le pene: le pene sono in tal caso tassative, non arbitrarie. Se il giudice si arrogasse la facoltà di dare una pena più grave della legittima, diverrebbe un arbitro e non sarebbe un custode delle leggi; egli si usurperebbe un'autorità che non gli conviene, e porrebbe la giurisprudenza criminale in quelle medesime tenebre e in quella medesima confusione, nelle quali giaceva anticamente, e dalle quali i moderni legislatori, dando a' giudici norme stabili, certe, invariabili e precise, hanno studiato di levarla. Laonde, se l' odierna legge dichiari infamante un delitto, e per esso abbia prescritto l' infamia, il giudice senza partirsi dal proposito del legislatore dovrà pronunciare quella pena, e non altra.

Per diritto costituendo, all' opposto, le pene sono al più presto arbitrarie che tassative; ma il giudice dee far uso del suo arbitrio in modo che si dilunghi il meno possibile dallo spirito del diritto costituito; e regolare il suo criterio a norma de' casi, delle persone e delle circostanze. S' egli applica una pena, piuttosto che un' altra, la pena che ha prescelto, debb' essere unisona a' principii generali dell'odierna scienza, non regolata da ragioni particolari che sieno ad essi straniere. I principii generali dell' odierna scienza, per esempio, ingiungono che nell' irrogare l' infamia si debba osservare che questa sorta di pene, seguendo la pubblica opinione, colpisca le azioni ritenute infamanti nell' opinione comune, nè si applichi a quella specie di persone che poco o nulla apprezzano l' onore. Se il giudice pe' *suddetti*

principii ne' casi speciali, come in proposito, applica una pena più grave ma non infamante, invece di una meno grave ma infamante, non opera in tal modo perchè abbia quasi transatto col reo; ma perchè tali sono le norme che gli prescrivono il diritto pubblico e la ragione naturale.

L. Notatur, 15. et seqq.

Una vedova asserì sè essere incinta, mentre sapeva non esserlo, e ottenne il possesso de' beni del defunto. Provata la sua falsità, per legge de' Romani incorre nell'infamia. Per le ragioni altrove allegate (89) sono di avviso che oggigiorno la sudetta vedova non incorre in alcuna infamia.

L. Ictus fustium, 22.

Siccome presso molti popoli l'infamia oggigiorno deriva non tanto dal delitto, quanto dal genere della pena, così presso i medesimi la pena della fastigazione, dov' è in uso, è infamante (90).

L. Imperator, 24.

L' imperatore Severo rescrisse che il mercimonio di sè stessa, fatto da una donna costituita in servitù, non la rende infame, qualora acquisti la libertà. Presso noi questa legge è inutile (91).

(89) Cioè nel principio di questo titolo.
(90 Loyseau, du droit des offic. l. 1. c. 13. n. 54.
(91) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 4. §. 3. di questo titolo.

TITOLO III.

DE' PROCURATORI E DIFENSORI

Qual fosse l'origine de' procuratori, e come gli antichi differivano da' moderni, venne da noi altrove osservato (92).

L. Filius familias, 8.

§. Invitus, 4.

Generalmente gl' Interpreti desumono da questa legge che per diritto romano niuno può essere costretto a prestare l' opera sua come procuratore in giudizio. Il disprezzo in cui erano anticamente tenuti i procuratori, la condizione de' quali riputavasi privata e vilissima, fu la ragione di tal disposizione (93). Ma siccome, mutati i tempi e i costumi, l' officio di procuratore oggigiorno è nobile e pubblico, così, secondo la comune opinione de' Dottori, può essere costretto a prestar l' opera anche suo malgrado (94).

§. Procuratorem, 3.

Se un procuratore sia stato incaricato di assumere una lite ed il padrone dell' affare col suo consenso abbia guarentito di sottostare al giudicato, in forza dell' editto del pretore può essere costretto ad assumere il giudizio, semprecchè non vi sia qualche giusta ragione che lo dispensi. Osserva lo Scaccia (95) che in tanti anni impiegati nella pratica del foro non gli fu mai dato di vedere il caso che la parte muovesse lite col suo procuratore, per essere da lui patrocinata in giudizio. E in fatti, se l' evento di una lite, specialmente oggigiorno, è sempre dubbio ed incerto, non saprei vedere qual' evento felice potesse ripromettersi quegli che si ponesse in capo di voler essere rappresentato o difeso a dispetto del procuratore. Quanto alla sa-

(92) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. princ. tit. X. lib. IV. Istit.

(93) L. 17. Cod. hoc tit. Reiffen. in lib. I. Decret. tit. 38, n. 9.

(94) Gail. obs. pract. lib. 1. obs. 43. n. 8. Mynsing. cent. 4. obs. 32. Hilliger. in Donell. lib. 18. cap. 16. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 1. tit. 19. §. 1681.

(95) De jud. lib. 1. cap. 101. n. 4.

tisdazione *de judicato solvendo*, di cui si parla nella presente legge, e nelle seguenti, si può riscontrare quello che abbiamo detto altrove (96).

L. Si defunctus, 15.

Analogamente a questo responso di Ulpiano l' Imperatore Giuliano rescrisse che il procuratore diventa come il padrone dell' affare mediante la contestazione della lite; e che perciò può proseguirla sino al giudizio definitivo, tanto in qualità di attore, quanto di reo, anche dopo la morte del padrone che gli avea demandato l' esercizio dell' azione o la difesa di lui (97). Concorda con la romana la vigente legislazione (98).

L. Post litem, 17.

SOMMARIO

Se negli odierni costumi il procuratore, contestando la lite, divenga padrone della medesima.

Per quali ragioni gli antichi stabilissero che il procuratore contestando la lite diventasse padrone della medesima, venne da noi altrove osservato (99). Non pochi però sono gl' Interpreti, i quali portano opinione che negli odierni costumi il procuratore non acquisti alcun dominio sulla lite; ma che altro non sia, se non un semplice mandatario e ministro del suo cliente. Quest' opinione, se non erro, provasi all' evidenza, facendo mente alle rimarchevoli differenze che corrono fra i procuratori degli antichi ed i moderni. 1. Presso i Romani il procuratore, come padrone della lite, non potea dopo la contestazione della medesima essere revocato senza cognizione di causa (100). Oggigiorno, all' opposto, può essere revocato, sebbene contestata la lite, purchè ne sia contemporaneamente in suo luogo surrogato un altro (101). 2. Anticamente il procuratere, come padrone del-

(96) Tit. XI. per. tot. lib. IV. Istit., e nelle l. 1. Tit. VIII. lib. II. Dig.
(97) L. 23. Cod. hoc tit.
(98) Veggasi quello che abbiamo detto nella legge seguente.
(99) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. princ. n. 3. Tit. X. lib. IV. Istit.
(100) Hic.
(101) Autumn. Cenfer. du droit, hic, et in l. 22. Cod. hoc tit Imbert. pract. civ. et crim. l. 1. c. 17. n. 37. Concord. reg. giud. art. 547.

la lite, dovea prestare egli stesso la cauzione di sottostare al giudicato: oggigiorno, all' opposto, egli non presta cauzione alcuna. 3. Anticamente, nella sua qualità di padrone della lite, dovea subire la condanna in proprio nome; la qual cosa era tanto essenziale, che se la sentenza fosse stata proferita contro il cliente era nulla *ipso jure* (102). Oggigiorno, all' opposto, la sentenza di condanna non si proferisce contro il procuratore, ma contro il cliente (103). 4. Anticamente il procuratore, come padrone della lite, terminato il giudizio in prima istanza, potea interporre e proseguire il giudizio anche in grado di appello (104). Oggigiorno, all' opposto, sebbene possa interporre l' appello, nulla dimeno non è tenuto a proseguirlo (105). Alla perfine 5. anticamente il procuratore, come padrone della lite, morto il suo principale, potea in suo nome proseguire la lite, senza bisogno di alcuna riassunzione di causa (106). Oggigiorno, all' opposto, morto il cliente, è necessario che il giudizio venga riassunto (107).

A tutto ciò si può aggiungere un argomento tratto dal §. 903. dell' attuale regolamento legislativo e giudiziario, ove si dice che se in pendenza della lite abbia luogo la morte o il cambiamento di stato di una delle parti, la legge ritiene come padrone della medesima il di lei procuratore. Dunque, argomentando dal contrario senso, si può inferire che qualora non abbia luogo nè la morte nè il cambiamento di stato di una delle parti, la legge non ritiene il procuratore come padrone della medesima. E in fatti, se per disposizione di legge il procuratore si ritiene come padrone della lite allorchè il cliente è morto o mutato di stato, ne viene quasi di necessaria conseguenza che, lui vivo o non mutato di stato, non abbia sulla medesima alcun dominio. La legge, fissando il caso in cui il procuratore può acquistarlo, sembra ritenere che negli altri non l' abbia: s' ella ritenesse il procuratore come padrone della lite dal tempo della contestazione sino a tutto

(102) L. 1. Cod. de sent. et interl.

(103) Questa deroga al diritto comune provenne gran parte dalle disposizioni del diritto Canonico, c. suscitata, de in int. rest. c. licet causam de probat. c. sopitae, de censib.

(104) L. 17. Cod. hoc tit. junct. l. 31. §. 2. Cod. de neg. gest. l. 2. ff. an per alium caus. appell. Scaccia, de appellat. quaest. 18. n. 12. Brunneman. in d. l. 17. n. 10. et segg. Cod. hoc tit.

(105) Concord. cap. 14. de procurat. È notabile che presso noi il procuratore non può proseguire la causa in grado di appello, sebbene per la morte del suo cliente la legge il ritenga come padrone della lite. Ruota, nella Bononiens. del 4. Febbrajo 1839. Marini.

l' esito del giudizio, sarebbe inutile che il dichiarasse per tale solo nel caso della morte del cliente o del suo mutamento di stato, mentre la sua morte o il cangiamento avvenuto nella sua persona non possono alterare la natura delle cose, nè attribuire al procuratore una qualifica che avea sino da principio. Sulla qual cosa giova anche osservare che siccome anticamente il procuratore acquistava il dominio della lite dalla contestazione della medesima, così, morto il principale, non cessava il mandato (108). Oggigiorno, all' opposto, il mandato cessa (109), e se l' erede vuol proseguire la causa in proprio nome, dee far precedere un altro mandato, o costituire nuovo procuratore (110). Niuno non vede che se il procuratore fosse oggigiorno padrone della lite, come lo era anticamente, nel caso in quistione non vi sarebbe bisogno di altro mandato (111), nè l' erede potrebbe prosoguire la lite a suo nome, nè tampoco, volendolo, costituire un altro procuratore (112). Non ignoro che parecchi testi del diritto Canonico dichiarano il procuratore padrone della lite, tosto ch' ei l' abbia contestata, non ostante che per diritto Canonico la sentenza di condanna si possa proferire anche contro il cliente. Non v' ha però alcun testo nel diritto Canonico, il quale dichiari che, morto il cliente, vi sia bisogno di nuovo mandato e della riassunzione del giudizio. Per la qual cosa parecchi fra gl' Intepreti osservano essere contrario alle disposizioni del diritto comune che, morto il cliente, si debba dall' erede premettere un nuovo mandato, e riassumere il giudizio (113). Ma siccome presso noi tanto l' uno che l' altro sono necessari, e questa necessità è in opposizione al dominio che ha il procuratore a termini del diritto comune, così la suddetta sentenza viene in acconcio per confermare la nostra opinione.

E in fatti, se noi vogliamo considerare la verità delle cose e la differenza de' tempi, ci sarà facile il conoscere che sono oggigiorno quasi al tutto cessate quelle ragioni, per le quali i Romani ebbero bisogno di ricorrere a tal finzione. Le rigorose formalità delle antiche leggi volevano, come altre volte osservammo, che ciascuno do-

(106) L. 15. ff. hoc tit.

(107) Merull. prax. civ. l. 4. tit. 83. cap. 5. Gail. obs. pract. lib. 1, obs. 109. n. 6. Rittersuth. de diff. jur. lib. 5. cap. 12. Bacov. in Treutl. vol. 1. disp. 9. th. 10. lit. F. Concord. reg. giud. art. 907.

(108) L. 23. Cod. hoc tit. et ibi Brunemman.

(109) Ruota nella d. Bononiens. del 4. Febbrajo 1839. Marini.

(110) Reg. giud. art. 908.

(111) D. l. 23. Cod. hoc tit.

(112) L. 15. 18. ff. hoc tit.

(113) Veggasi il Brunemann. in d. l. 23. Cod. hoc tit. e gli autori ivi allegati.

vesse agire di per sè stesso: l'esperienza fece apprendere che la massima era sovente perniciosa, mentre molte circostanze potevano occorrere, le quali impedissero alla parte di poter agire. Fu ammesso l'uso de' procuratori; ma per conciliare quest' uso con le antiche massime, la legge ritenne ch'egli, contestando la lite, diventasse il padrone della medesima (114). Oggigiorno, all' opposto, la legge prescrive che niuno possa agire e difendersi in giudizio senza il ministero di un procuratore approvato. Non v' ha più adunque il bisogno di questa finzione, la quale, per così dire, trasformi il procuratore nella persona del suo cliente, affine di renderlo idoneo ad acquistare presso il giudice e l' avversario. Sapientemente l' odierna legge dice *senza il ministero*, poichè diffatti il procuratore non è oggigiorno che un nudo ministro del suo principale. Volendo essa però precludere la strada a quegl' inconvenienti che potrebbero nascere a carico dell' erede, qualora il cliente cessasse di esistere in pendenza di lite, volle che in tal caso ne diventasse padrone il procuratore medesimo. E con tale disposizione tolse al procuratore l' arbitrio o la facoltà di commettere nel proseguimento della lite l' erede del defunto, non che quella di dargli a capriccio il titolo di semplice o beneficiato; cose, delle quali, come ognuno conosce, l' importanza sarebbe gravissima.

L. In causae, 27.

§. Si ex parte, 1.

Si desume da questo paragrafo che il principale non acquista regolarmente l' azione per mezzo del procuratore, se non nelle stipulazioni pretorie e giudiziali. Gl' Interpreti sono di avviso che in foro questa sottigliezza non venga osservata; e che dall' azione acquistata al procuratore, il principale acquisti sempre l' utile a sè stesso (115).

L. Si procurator, 28.

Anticamente la sentenza di condanna si soleva proferire contro il procuratore, non contro il cliente; per questa ragione il procuratore dovea prestare e viceversa riceve la cauzione di sottostare al giudicato (116). S' egli l' avea ricevuta, l' azione nata in forza della cosa

(114) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. principal. Tit. X. lib. IV. Istit.
(115) Brunemman., hic.
(116) Reiffen. in lib. I. Decret. tit. 28. n. 115. in fin.

giudicata competeva tanto a lui che al suo principale; con questa differenza, che il procuratore acquistava per sè la diretta, e il principale l' utile. Nulladimeno il primo acquistava l' azione solo per sottigliezza del diritto, e perciò, quantunque avesse la diretta, non valeva ad agire, mentre poteva essere respinto mediante eccezione (117). Il secondo, al contrario, comecchè avesse l' utile soltanto, poteva agire e con efficacia. Ma se il procuratore l' avea prestata, l' azione competeva indistintamente contro il procuratore, non contro il cliente. È chiaro che tutta questa disputa riguarda le disposizioni dell' antico diritto, nel quale il procuratore per la contestazione della lite, diventava padrone della medesima e dovea garantire di sottostare al giudicato. Le quali disposizioni, come altrove osservammo, presso noi non sono oggigiorno in uso (118).

L. Actoris, 30.

Dice il giureconsulto Paolo che se l' attore non sia solvibile, il procuratore di lui mediante l' azione di giudicato (119) può per le spese fatte nella lite agire in sussidio contro il reo soccombente. Le disposizioni dell' odierna legge concordano con quelle del diritto romano. I giudici, sulla dimanda anche verbale dei procuratori, possono dichiarare che le spese, alle quali si condanna il soccombente, siano loro pagate, semprecchè, prima di farne la tassa, producano in cancellaria una dichiarazione giurata di non avere per questo titolo ricevuta alcuna somma da' loro clienti (120). Nulladimeno questa disposizione non impedisce alla parte condannata di opporre contro il vincitore la compensazione, e non vieta a' giudici di ammetterla, qualora la trovino ben fondata nelle regole del diritto comune (121).

L. Si quis, 31.

Tizio, procuratore di Sempronio, prestata la cauzione di sottostare al giudicato, soccombe nella lite, e poscia diventa erede del suo

(117) Hillig. in Donell. lib. 18. cap. 18.

(118) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 4. tit. XI. lib. IV. Istit. e nella l. 17. hoc tit.

(119) Nel qual caso non può essere respinto con l' eccezione. Veggasi quello che abbiamo detto nella legge antecedente.

(120) Regol. giud. art. 606.

(121) Declarat. della Segret. per gli affari di Stato interni 6. Feb. 1839. N. 81807.

cliente. Domanda Ulpiano se si possa contro lui muovere l' azione di giudicato, il che risponde affermativamente. Osservano i pratici che negli odierni costumi la sentenza si suol proferire contro la parte, non contro il procuratore, e che perciò la sentenza proferita contro il cliente non si può eseguire contro il procuratore, sebbene diventato erede, senza nuovo processo, e senza chiederne l' esecuzione (122).

Quantunque anche presso noi si regolasse in tal modo l' antica procedura, nulladimeno sono di avviso che dopo le moderne riforme non abbia più luogo; e che perciò, morto il cliente, in forza della sentenza di condanna si possa oggigiorno agire contro il procuratore, esistito erede, senza bisogno di nuova citazione, e senza la necessità di chiedere che la sentenza sia resa esecutoria. E ciò per questo, che l' odierna legge ha specialmente ordinato i casi, in cui fa bisogno di domandare l' esecuzione della sentenza (123), nè in essi trovasi il caso in quistione: che anzi ha nel medesimo prescritto in qual modo si debba procedere, tanto durante il corso del giudizio, se non sia terminato; quanto proferita la sentenza, se sia terminato (124). E per vero, se il cliente muoia dopo l' emanazione della sentenza, la sua morte, come altrove osservammo, non può alterare la natura delle cose. Le sentenze sono di loro natura esecutorie, allorchè sono rivestite della formola esecutiva, ossia dell' autorità sovrana, e si trovano in istato di esecuzione. Dunque a termini del diritto comune possono senza eccezione eseguirsi contro l' erede del condannato, mentre, come ognuno conosce, egli subbentra in tutte le obbligazioni del defunto nel medesimo stato in cui si trovano all' epoca della sua morte. Oltracciò mi conferma nella mia opinione che dopo le moderne riforme vennero aboliti tutti quegli atti inutili e frustatori, derivanti più da versatili tradizioni che da regole certe e conosciute, i quali, con grave pregiudizio delle parti contendenti, ad altro non servivano, se non a prolungare le liti e ritardare il corso della giustizia (125).

L. Servum, 33.

Si dubitò presso gli antichi se il servo potesse costituire il procuratore. Si concesse ch' egli potesse averlo stragiudizialmente, non in

(122) Gail. obs. pract. obs. 113. n. 17. in fin.
(123) Reg. giud. art. 146. 148. 362. 1704. 1774.
(124) Tit. VIII. Sez. V. per tot.
(125) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 6. §. ult. Tit. I. lib. XLII. Dig.

giudizio; perocchè egli per mezzo altrui non dovea conseguire quello che non potea per mezzo proprio. Tuttociò presso noi oggigiorno è inutile (126).

L. Sed et hae, 35.

§. Defendere, 3.

L. Vel in operis, 36.

L. Non solum, 39.

§. Qui alieno, 1. et seqq.

Ulpiano e Paolo parlano in questi responsi degli obblighi inerenti al procuratore, qualora nel giudizio di riconvenzione assuma la qualifica di difensore. L' obbligo principale si fonda nella duplice prestazione delle cauzioni di sottostare al giudicato e di ratifica, sull' uso odierno delle quali può riscontrarsi quello che abbiamo accennato ne' libri delle Istituzioni e de' Digesti (127).

L. Pomponius, 40.

Scrive Pomponio che non tutte le azioni si possono istituire mediante procuratore. Oggigiorno la regola è in contrario: non tutte le azioni si possono istituire senza procuratore (128).

L. Foeminas, 41.

Dice Paolo che alla femmina viene talvolta, con cognizione di causa, permesso di agire pe' parenti, qualora questi sieno impediti per età o per malattia, nè abbiano alcuno che agisca per essi. Presso noi in niun caso la femmina può essere procuratrice alle liti (129).

(126) Veggasi quello che abbiamo detto nel Tit. III. lib. I. Istit.
(127) Cioè nel titolo XI. lib. IV. Istit. e nella l. 1. Tit. VIII. lib. II. Dig.
(128) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 10. tit. IV. e nel §. principal. Tit. X. in fin. lib. IV. Istit.
(129) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 1. §. 5. tit. I. di questo lib.

L. Licet, 42.

Nelle azioni popolari non si può per legge romana costituire procuratore, salvo il disposto della legge Cornelia, la quale permette che si possa agire mediante procuratore nell' azione d' ingiurie. E ciò per questo, che sebbene tale azione venga esercitata per utile pubblico, nulladimeno è un' azione privata. Oggigiorno che l' accusa è tolta al popolo e trasmessa in un speciale magistrato eletto dal Principe, si rende inutile il disputare quali sieno le azioni popolari, e se in esse la parte attrice possa, o no, costituire un procuratore (130).

L. Mutus, 43.

§. In popularibus, 2.

Sebbene tutti quelli che esercitano azione a nome di un altro, abbiano l' obbligo di difenderlo nel giudizio di riconvenzione, nulladimeno quest' obbligo cessa nelle azioni popolari, nelle quali chi agì come membro del popolo, non è obbligato di prenderne la difesa. Ritengo che il tenore di questo responso presso noi sia oggigiorno superfluo (131).

L. Is qui curatorem, 3.

Primo domanda che venga dato il curatore ad un minore. Dice il giureconsulto che se il minore è presente, debb' egli stesso consentire alla deputazione del curatore; e s' egli è assente, Primo dee garantire che il minore vi presterà la ratifica. Presso noi, come presso tutte le vigenti legislazioni Italiane e straniere, questa disposizione del diritto romano non viene osservata (132).

L. Qui proprio, 46.

Tizio, reo convenuto, contestò la lite in proprio nome, e poscia volle costituire un procuratore, contro cui l' attore avsse a trasferire il

(130) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 10. Tit. IV. nel tit. XVIII. per tot. e nel §. 1. dello stesso titolo, lib. IV. Istit.

(131) Veggasi quello che abbiamo detto nella legge antecedente e ne' luoghi ivi citati.

(132) Veggasi quello che abbiamo detto nel Tit. XXII. e nel Titolo XXIII. lib. I. Istit.

giudizio. Domanda il giureconsulto se Tizio debba essere ascoltato, e risponde affermativamente, purchè egli presti pel suo procuratore la cauzione di sottostare al giudicato. Presso noi la costituzione del procuratore non fa che il giudizio venga trasferito contro il medesimo, nè tampoco v' ha bisogno di prestare per lui la cauzione di sottostare al giudicato (133).

§. Qui alium, 2.

Il procuratore che difende la causa altrui, viene costretto a satisdare; imperciocchè, come scrive Gaio, senza satisdazione niuno può riputarsi idoneo difensore dell' altrui lite. Presso i Romani il procuratore del reo o della parte convenuta si riteneva come legittimamente costituito, allorchè avesse prestato la suddetta satisdazione; in quella stessa maniera che presso noi si ritiene legittimamente costituito, allorchè abbia prodotto la copia notificata della citazione (134).

§. Item quaeritur, 3.

Tizio, difensore di Gaio, soccombe nella lite: Gaio domanda il beneficio della restituzione in intiero: il difensore sarà egli costretto a difendere il suo cliente anche nello stesso giudizio di restituzione? Per legge de' Romani l' affermativa non ammette alcun dubbio.

A' tempi degli antichi il beneficio della restituzione in intiero si soleva concedere da' pretori, da' prefetti della città, da' prefetti del pretorio in Roma, e da' rispettivi presidi nelle provincie, tanto se le sentenze fossero state proferite da altri magistrati quanto se fossero state proferite da loro stessi (135). Tutti quelli che trattavano o difendevano le cause altrui dinanzi a loro, potevano per conseguenza trattare dinanzi a loro anche le cause di restituzione, mentre ciò non superava nè la giurisdizione del giudice nè l' approvazione del procuratore e difensore (136). Oggigiorno però il beneficio della restituzione contro le sentenze non si concede da' tribunali o giudici di provincia, nè tampoco in genere da quelli di Roma; ma solo dal Tribunale Su-

(133) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 17. e 40. di questo titolo; e nel §. 4. Tit. XI. lib. IV. Istit.

(134) Reg. giud. art. 404.

(135) L. 16. §. 3. l. 42. de minor.

(136) Veggasi quello che abbiamo detto nel principio del Titolo I. di quest. lib.

premo di Segnatura in vece e nome del Principe (137). Per la qual cosa, mancando l'approvazione, non possono agire nelle cause di restituzione in intiero, se non que' procuratori che hanno diritto di comparire nel suddetto tribunale, quali sono oggigiorno i procuratori di Collegio e della S. Ruota (138).

L. Minor, 51.

Il minore di venticinque anni per legge de' Romani non è riputato idoneo difensore, se non in quelle cause, nelle quali non v'ha timore ch' egli possa ottenere il beneficio della restituzione in intiero. Per legge Canonica (139), con la quale concordano gli odierni regolamenti (140), il minore di venticinque anni non è mai reputato difensore idoneo.

L. Neque foemina, 54.

§. Tutores, 1.

Quelli che amministrarono gli affari altrui, tanto per ragione di tutela che per qualunque altro titolo, non possono essere convenuti e difesi, se non in quel luogo medesimo, nel quale esercitarono l'amministrazione (141). Concordano con le romane le vigenti leggi (142).

L. Is cujus, 64.

Dice Modestino che se un tale, il quale ha già difensore, si presenta egli stesso in persona prima che la lite sia contestata e domanda di assumerla in nome proprio, si debba ammetterlo, previa cognizione di causa Siccome prima della contestazione della lite il padrone dell'affare ha libera facoltà di cangiare il procuratore, e di assumere egli stesso il giudizio senza cognizione di causa (143) così parecchi Giureconsulti sono di opinione che le parole *causa cognita* di que-

(137) Reg. giud. art. 338. n. 3.
(138) Editto 17. Dicembre 1834. art. 256. Confer. art. 257.
(139) Cap. 5. de procurat.
(140) D. Editto 17. Dicembre 1834. art. 248. e seg.
(141) Hic, et l. 1. l. 2. Cod. ubi de ration.
(142) Reg. giud. art. 439.
(143) L. 16. ff. hoc tit.

sto testo siano interpolate; e che si debbano intendere non già di quella cognizione di causa che debbe aver luogo dopo la contestazione, per giudicare se si abbia, o no, a rimuovere il procuratore; ma di quella cognizione di causa che ha luogo secondo la costituzione di Valentiniano e Teodosio, per conoscere se la dignità dell'attore gli permetta di litigare da sè (144).

L. Si procuratorem, 65.

Presso i Romani per regola generale il procuratore poteva agire anche senza mandato, qualora avesse prestato la cauzione di ratifica. Il cliente però poteva rilevare il suo procuratore dall'obbligo di prestarla, qualora, essendo in assenza, avesse diretto una lettera all'avversario, significandogli in essa qual fosse il procuratore contro lui nominato, ed in qual causa; e che avrebbe per rato tutto ciò che dal medesimo fosse con lui stato fatto. Siccome presso noi ne' giudizi di prima istanza il procuratore della parte attrice è *sempre* tenuto a produrre il mandato di procura *ad litem* (145), oppure la produzione di documenti equivalenti che *contengano obbligazioni, e servano di fondamento all' azione* (146); e ne' giudizi di seconda e di ulteriore istanza, il mandato di procura *ad litem*, ovvero la produzione dell' atto introduttivo dell' appello (147), così sarei di avviso che la disposizione del diritto romano in pratica non potesse procedere senza pericolo di nullità (148).

L. Quod procurator, 68.

Altrove osservammo (149) che dal contratto del procuratore nasce ordinariamente l'azione in favore e contro il procuratore medesimo; ma non già in favore o contro il padrone (150). Nulladimeno questa regola soffre eccezione, allorchè il procuratore ha fatto qualche stipulazione, in ordine al mandato, sopra una cosa stessa del pa-

(144) L. 25. Cod. hoc tit.
(145) Reg. giud. art. 401.
(146) D. art. 401.
(147) Reg. giud. art. 402. Segnat. nella Maceraten. Circumscriptionis, 9. Giugno 1836. Ferlisi.
(148) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 4. Tit. XI. lib. IV. Istit.
(149) Cioè nella l. 27. §. 1. di questo titolo.
(150) L. 72. hoc tit.

drone; nel qual caso il padrone acquista l'azione utile anche malgrado il suo procuratore. Osserva il Brunemmanno, che sebbene questa legge in teorìa sia limitata ad un caso speciale, nulladimeno in foro da qualunque stipulazione del procuratore, sebbene non fatta sopra cosa del mandante, questi abbia sempre l'azione utile, purchè d'altronde il procuratore l'abbia fatta come tale, e in vantaggio di lui (*).

L. Pater, 70.

Altre volte osservammo che, abrogata la disposizione del diritto romano, per le nuove leggi di Giustiniano il creditore non può essere tutore de' pupilli (151).

L. Nec civitatis, 74.

Quegli che agiva per gl' interessi di una città o università, chiamavasi anticamente attore, a differenza di quello che agiva pe' privati, il quale chiamavasi procuratore. Questa differenza fu tolta dal diritto Canonico (152), e quindi nulla vieta negli odierni costumi che il procuratore di una città possa farsi rappresentare da un suo collega o da un sostituto approvato (153).

(*) In pratica i contratti fatti dal procuratore, come procuratore, si ritengono sempre fatti secondo la forma e in vigore del suo mandato, Decis. 292. num. 4. part. 4. tom. 1. et Decis. 557. num. 4. part. 3. quantunque abbia contrattato *procuratorio nomine*. Ibid. num. 4. Quindi è che da' medesimi acquista l'azione tanto in favore che contro il cliente. Io non mi rammento di aver trovato fra le Decisioni de' nostri tribunali alcun caso, nel quale la parte che contrattò col procuratore, abbia poscia rivolto l'azione contro di lui. Il che, se non erro, prova che nell' uso del nostro foro si è sempre ritenuto che i procuratori, contraendo come tali, tengano obbligati i loro principali.

(151) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. ult. Tit. XXI. lib. I. Istit.

(152) C. petitio, de procurat.

(153) Veggasi l'Editto 17. Dicembre 1834. art. 206. e segg.

TITOLO IV.

DELLA MANIERA DI PROCEDERE A NOME E CONTRO DI UNA UNIVERSITÀ

SOMMARIO

I. *De' pubblici amministratori presso i Romani.*
II. *Del Sindaco.*
III. *Costumi odierni.*

I. Presso i Romani, come presso i moderni popoli, non tutti i pubblici amministratori avevano il medesimo officio e il medesimo nome. Ne' municipii, come altrove osservammo (154) i Decurioni, cui erano a capo i Duumviri, avevano sopra sè stessi la cura in genere della città, e ne regolavano l' amministrazione (155). Quest' amministrazione in genere veniva distinta in tante separate amministrazioni in specie, le quali, una per una, si affidavano a persona dell' ordine, acciocchè ella sola ne avesse tutto il pensiero ed il carico. In così fatta maniera, divise le cure e partiti gli officii, ciascuno potea con più facilità e convenienza attendere a quello che gli veniva commesso. Come si costuma anche a' tempi nostri, gli amministratori assumevano il nome secondo l' ingerenza del proprio officio. Quelli che avevano in cura i beni immobili della città, si solevano designare col nome di curatori della repubblica (156), quelli che erano deputati alla custodia del pubblico danaro, si appellavano curatori del calendario (157), quelli che presiedevano al pubblico ornato, curatori delle opere (158). Molti altri amministratori di questa fatta si trovano menzionati nel corpo della ragione comune, de' quali non è ora luogo a parlare.

II. Tutti i suddetti amministratori però non avevano altre ingerenze che negli affari stragiudiziali: gli affari che dall' università si dovevano trattare in giudizio, venivano affidati a un altro pubblico ministro eletto da' decurioni, chiamato sindaco, attore e difensore della

(154) Cioè nel n. 8. Tit. I. lib. II. Dig.
(155) L. pupillus, 239. §. Decuriones, 5. ff. de verb. signif.
(156) L. curatores, 3. §. 1. l. ult. §. item ff. de adm. rer. ad civ. pert.
(157) L. ult. §. 7. eod.
(158) L. 1. l. 2. §. 1. de oper. publ.

veggendo essa il caso di malattia o di assenza di alcuno de' membri, volle che l'impedimento sopraggiunto a pochi non dovesse far vacillare quello che piacque alla maggior parte (167). Presso noi, a norma delle disposizioni dell' illustre Pontefice Leone XII. i consigli non potevano prendere alcuna deliberazione, se non erano composti almeno di due terzi de' consiglieri *attuali*, comprensivamente al Gonfaloniere e alla metà degli anziani, non calcolati ne' suddetti due terzi quelli che fossero legittimamente impediti (168). Ma facendo l'esperienza conoscere che in molti comuni le adunanze consigliari riuscivano senza effetto, perchè i presenti non intervenivano, e gli assenti non costituivano i loro procuratori, mediante lettera circolare della Segreteria di Stato venne stabilito che il consiglio si dovesse ritenere validamente convocato, qualora v' intervenisse la metà de' membri che lo compongono, e vi fossero presenti l'autorità governativa, o chi ne fa le veci, e la metà almeno della magistratura. Se il consiglio non sia nel numero e con le autorità sopra indicate, si fa luogo ad un secondo invito: persistendo i consiglieri nella loro inazione, si fa luogo al terzo; e, dopo il medesimo, qualunque sia il numero degli intervenuti, possono validamente deliberare (169).

L. Planc, 4.

Per la validità delle elezioni e deliberazioni esigeva il diritto romano che dovessero intervenire nelle adunanze municipali due terzi, o più, di decurioni, avuto riguardo nel numero anche a quelli ch'erano legittimamente impediti (170). Laonde per costituire il numero legittimo degli intervenuti si potea calcolare anche quello che veniva no-

(167) L. 45. Cod. de Decurion.

(168) Mot. prop. 21. Dicembre 1827. art. 205. Per diritto comune, all' opposto, si calcolavano ne' due terzi anche quelli che erano legittimamente impediti. D. l. 45. Cod. de Decurion.

(169) Circol. del 10. Aprile 1832. Se per avventura dopo la terza chiamata non intervenissero che il solo governatore e il capo della magistratura, o invece di esso un solo anziano o un solo consigliere, questi non possono deliberare, perchè non essendovi che un solo membro del corpo consigliare, l' adunanza avrebbe impropriamente la qualità ed il titolo di consiglio: essi debbono però inviare al Preside della provincia le proposte mandate a' consiglieri per quella convocazione; nel qual caso la congregazione governativa, unitamente allo stesso Preside può validamente deliberare sulla medesima. Circolare della Segret. di Stato 11. Settembre 1833.

(170) Veggasi quello che abbiamo detto nella legge antecedente.

minato. Oggigiorno, all'opposto, quelli che sono legittimamente impediti, non vengono calcolati; per costituire il numero legittimo basta l' intervento della metà de' consiglieri, e, dopo il terzo invito, qualunque sia. Cessata la necessità di avere assolutamente presenti ne' consigli almeno i due terzi de' consiglieri, è cessata per conseguenza la necessità di far conto anche della stessa persona da eleggersi, per aumentare il numero. Presso noi, in forza di legge speciale, quella persona che abbia in qualunque modo interesse nell' affare che si tratta, e perciò si sottoponga allo sperimento de' suffragi, non solo dee astenersi dal concorrere col suo voto; ma debbe eziandio rimanere assente dall' adunanza per tutto il tempo, in cui ha luogo la discussione dell' affare che la riguarda (171).

L. Illud, 5.

L. Item, 6.

Per diritto romano nell' atto della deliberazione il padre può dare il suo suffragio pel figlio, e viceversa il figlio pel padre. Presso noi i consiglieri non possono dare nelle deliberazioni il voto, allorchè i loro congiunti v' abbiano interesse. La proibizione è estesa in genere fino al secondo grado di parentela conforme la computazione del diritto civile (172).

L. Constitui, ult.

L' attore o il sindaco della città può eziandio stipulare in favore della medesima; tuttavia, soggiunge Paolo, esser meglio che in sua vece stipuli il servo del municipio. E ciò per questo, che dalla stipulazione del servo la città acquista l' azione diretta, laddove da quella del sindaco acquista l' utile solamente. Questo consiglio di Paolo oggigiorno è inutile (173).

(171) Circol. della provin. 28. Febbrajo 1822.
(172) Circol. della provin. 28. Dicembre 1824.
(173) Veggasi quello che abbiamo detto nel Tit. III. lib. I. Istit.

TITOLO V.

DELLA GESTIONE DEGLI AFFARI.

L. Hoc edictum, 1.

SOMMARIO

Cenno sul presente editto del Pretore.

Anticamente, come altrove osservammo, l'uso de' procuratori non era ammesso se non ne' casi di legittimo impedimento per le persone privilegiate e per gli assenti. Siccome per le rigorose formalità delle antiche leggi la parte assente, qualora non fosse stata difesa, incorreva nella perdita de' beni, mentre in forza di decreto ne veniva posto al possesso l'avversario; così l'equità del pretore, moderando le antiche massime, permise che ciascuno potesse prendere la difesa dell'assente, purchè d'altronde si assoggettasse a certi obblighi e condizioni. Questi il presentava in giudizio e fuor di giudizio, agiva per lui, e la legge, se non altro, pretoria, il considerava come la stessa persona. Oggigiorno però che le leggi di ciascun luogo hanno regolato i giudizi contro gli assenti, accordando loro un congruo termine per comparire secondo la maggiore o minor distanza; prescrivendo il mezzo per far loro pervenire la domanda dell'avversario e i titoli su' quali è fondata; e dando la facoltà di costituire un procuratore approvato nel luogo in cui sono convenuti: oggigiorno che, abolito l'antico modo di procedere, non si punisce l'assente con la perdita de' beni; ma, non ostante la sua contumacia, si suol procedere alla sentenza definitiva, qualora le ragioni dell'avversario sieno trovate giuste e ben fondate; e d'altronde la legge, non ostante tutti gli atti anteriori, gli accorda anche il mezzo di purgarla, purchè si muova prima che la causa sia compiutamente discussa; cessano in gran parte le ragioni, per le quali i pretori si mossero a pubblicare il presente editto, sebbene le sue disposizioni, per l'utilità ch'esse contengono, sieno quasi al tutto osservate anche negli odierni costumi.

L. Si pupilli, 6.

§. Videamus, ult. in fin.

Ne' giudizi di buona fede le usure per diritto civile sono dovute dal tempo della mora. In forza di questo principio dice Giuliano, che se il gestore degli affari abbia trascurato di esigere una somma, della quale era debitore egli stesso, in pena della sua negligenza è tenuto anche al pagamento delle usure, sebbene prima della mora il debito non fosse fruttifero. Presso noi per la legge Canonica abolitiva delle usure questa disposizione non viene osservata (174).

L. Si autem, 8.

Se l' amministratore degli affari è una di quelle persone che per agire non hanno bisogno di mandato, a termini del diritto comune se gli può imputare di non aver chiamato in giudizio il debitore di quello, pel quale amministra, offerendo la cauzione di ratifica. Siccome presso noi di regola niuno viene ammesso in giudizio senza mandato (175), così, regolarmente parlando, nulla si può imputare al gestore di affari, perchè, ommessa la cauzione di ratifica, non ha convenuto il debitore.

§. Item, 1.

Primo, gestore di affari, amministrando le cose mie o quelle di una città, si fece orettiziamente mettere in possesso di un fondo che non apparteneva nè a me nè alla città; e per tal conto percepì frutti maggiori di quelli ch' erano dovuti. Il giureconsulto dice che sebbene il gestore non avesse potuto domandare l' immissione in possesso, nulladimeno dell' indebito ricevuto dee render conto a me o alla città. I censori del diritto romano riprovano questa decisione come manchevole di equità; imperciocchè, secondo gli stessi precetti del diritto, tutto ciò che fu indebitamente percetto, si dee restituire a quello cui fu indebitamente estorto, non ad altri (176).

(174) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 38. di questo titolo.
(175) Regol. giud. art. 401.
(176) Confer, hic Brunemman. e Autumnus, Censur. Gallic.

L. Cum actum, 17.

L. Proculus, 18.

L. At qui, 19.

§. Sequela, 1.

Siccome per diritto commune tra padrone e servo non nasce alcuna obbligazione civile, così non nasce tra loro obbligazione neppure dalla gestione degli affari. Per la qual cosa il servo manomesso non è tenuto a render conto di quanto egli fece nella sua servitù, qualora ciò non abbia un' aperta connessione con quello ch' egli abbia fatto dopo la libertà. Ritengo che tutto ciò sia presso noi superfluo (177).

§. Si libero, 2.

Se io incarico un uomo libero che in buona fede si crede mio servo, acciocchè faccia una tal cosa; Labeone dice che io non ho contro di lui l' azione di mandato, perocchè egli non eseguisce l' affare, di cui l' ho incaricato, come uomo libero; ma per necessità servile. Laonde, mancando l' azione di mandato, avrò contro di lui quella che risulta dalla gestione, la quale, essendo sussidiaria, si applica in difetto delle altre (178). E ciò perchè, non ostante la sua supposta servitù, egli ebbe veramente intenzione di fare i miei affari, ed era idoneo a contrarre obbligazioni. Presso noi non sono più servi nel senso delle leggi romane, e perciò non può nascere il caso che si creda nostro servo quello che è persona libera, essendo generalmente liberi ed ingenui tutti quelli che stanno oggigiorno alle nostre mercedi. Non v' ha quindi bisogno negli odierni costumi di ricorrere in proposito all' azione sussidiaria della gestione, potendo aver luogo l' azione di mandato, in quella stessa maniera che avrebbe avuto luogo presso i Romani, se non avessero conosciuto la servitù.

§. Non tantum, 4.

Dice Paolo che come per l' azione di gestione di affari diretta siamo tenuti non solamente pel capitale, ma eziandio per le usure per-

(177) Veggasi quello che abbiamo detto nel Tit. III. lib. I. Istit. Confer. hic Pothier, n. 28. nelle note.

(178) Brunemman. hic.

cette sopra il danaro altrui, ed anche per quelle che potevano percepire col nostro danaro impiegato negli affari altrui. Per diritto Canonico con l'azione di gestione di affari diretta non siamo tenuti per quelle usure che potevamo percepire; nè coll' azione di gestione contraria per quelle che potevamo conseguire col danaro da noi impiegato negli affari altrui (179).

L. Liberto, 31.

§. Qui aliena, 3.

Quegli che amministra gli affari altrui, per legge romana è tenuto a prestare le usure di quel danaro che gli sopravanza, dedotte le spese necessarie. Per diritto Canonico quegli che amministra gli affari altrui, non è tenuto a prestare le usure indistintamente (180).

§. Quamquam, 6.

Pel gius de' Digesti la madre non era tutrice de' figli, se non per indulgenza del principe. Per la qual cosa, benchè il testatore le avesse affidato la gestione degli affari pupillari, nulladimeno, non potendo ella fare quelle cose che appartenevano all' ufficio del tutore, non avea la facoltà di costituire un procuratore per agire in giudizio. Per legge di Giustiniano la madre è tutrice legittima de' figli, e perciò non v' ha alcun dubbio che, potendo ella fare tutte quelle cose che appartengono all' ufficio del tutore, possa eziandio costituire un procuratore per agire in giudizio, sebbene in pratica costumi di mettere in tal caso il curatore alla lite.

L. Qui sine, 38.

SOMMARIO

Delle usure nel giudizio della gestione di affari. Diritto Canonico.

Secondo il tenore di questa legge nell' amministrazione degli affari si possono considerare due sorta di debiti: quello che la precede,

(179) Il Leotardo pone questa legge fra le abrogate, tract. de usur. quaest. 33. n. 2. 3. Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 38. di questo titolo.

(180) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 38. di questo titolo.

e quello che la segue. Possiamo avere un esempio del primo nel caso che l' amministratore, innanzi di assumere l' amministrazione, abbia ricevuto danaro o altri oggetti da quello stesso, di cui amministra le cose: possiamo avere un esempio del secondo nel caso che l' amministratore per mezzo della gestione, riscosse delle somme, le abbia convertite in uso proprio. Quanto al primo, si vuol distinguere se il debito è condizionale o pagabile in un' epoca determinata, ovvero se è puro semplicemente: se è condizionale o pagabile in un'epoca determinata, prima che si avveri la condizione o venga l' epoca del pagamento, non si può imputare all' amministratore di non aver esatto da sè medesimo, e quindi non è tenuto ad alcuna usura; se, all' opposto, è puro semplicemente, l' amministratore può esigere anche da sè stesso, come dagli altri, e, mancando di farlo, è obbligato al pagamento delle usure in ragione della somma che ha ritenuto. Quanto al secondo, non solo è tenuto al pagamento delle usure in genere, ma è tenuto al pagamento delle usure gravissime, quasi la legge abbia in tal caso voluto punire il fatto di lui (181).

Tutte queste disposizioni dell' antica legge civile, riguardo alle usure, cessano oggigiorno in confronto della legge Divina e Canonica (182), la quale non volle che la semplice mora, e neppure la dilazione, fossero titolo bastante, perchè il creditore avesse facoltà di prendere cosa alcuna oltre la sorte (183). La giustizia commutativa, sulla quale sono basate le suddette leggi, ingiunge l' uguaglianza ne' commerci, nè vuole che alcuno s' abbia più o meno di quello che realmente gli manca, non dovendo egli riportare nè un ingiusto lucro, nè un ingiusto danno. Se il debitore fosse costretto a prestare le usure solo per la ragione che fece uso dell' altrui danaro o frappose indugio nel restituirlo, mentre il creditore non sofferse per questo alcun danno, egli, prendendo le usure, conseguirebbe più di quello che gli manca, e verrebbe a conseguire un lucro con danno dell' avversario. Per l' esatta osservanza della giustizia commutativa basta che il creditore riceva quello che realmente gli manca, e che il debitore restituisca quanto ebbe ricevuto, e indennizzi l' avversario del danno che gli ha recato, senza punto distinguere il titolo, pel quale il danaro gli è dovuto. Per la qual

(181) L. 10. §. 3. ff. mand.

(182) Leotard. de usur. quest. 33. n. 3.

(183) Sarmient. select. interpr. lib. 7. cap. 2. n. 5. Leotard. de usur. loc. cit. Ruota, decis. 431. n. 7. part. 1. rec. nella Viterb. seu Centumcellarum, pecuniaria, 20. Giugno 1806. §. fin. Tassoni, nella Anconitana, seu Reticen. Cambii 14. Maggio 1821. §. 4. Bussi, e nella Maceraten. pecuniaria, 25. Giugno 1832. §. 8. Marini.

cosa in quella stessa maniera che si reputa ingiusto che il creditore, quando non risenta alcun danno, nè gli cessi alcun lucro, per la semplice mora o dilazione riceva più della sorte nel mutuo (184), così è egualmente ingiusto ch' egli riceva più della sorte nel caso che il gestore, esatto il danaro, l' abbia convertito in uso proprio, allorchè il creditore non abbia per questo risentito alcun danno, nè perduto alcun lucro (185). In tal modo con altri argomenta il Leotardo, il quale nominatamente pone questa legge fra le abrogate (186).

Ma benchè nel giudizio della gestione degli affari non si debbano ammettere le usure, non v' ha però alcun dubbio che si debba aver ragione dell' *id quod interest* (187). Laonde se il gestore abbia esatto il mio danaro e l' abbia convertito in uso proprio, mi presterà quanto pel suo fatto n' andò del mio interesse (188). E così parimenti in quella stessa maniera che anticamente nel giudizio di gestione contrario erano ammesse le usure, quantunque non fosse intervenuta alcuna morā (189), oggigiorno si concede l' azione per l' *id quod interest* in ragione del lucro che alcuno perdè, o del danno ch' egli soffrì, per conto dell' amministrazione (190). Tutto però debb' essere provato ne' modi legittimi e giustificato con l' interposizione de' requisiti castrensi.

L. Qui servum, 41.

Se alcuno difende un servo dall' azione nossale, non contrae col servo che difende, ma fa piuttosto un' affare dello stesso padrone. Per la qual cosa risponde Paolo che quegli, il quale senza mia saputa o in tempo di mia assenza abbia difeso il mio servo in una causa noscale, può esercitare contro me l' azione *in solidum* per la gestione di affari, non quella di peculio. Ritengo che questo responso sia oggigiorno superfluo (191).

(184) Ruota nella Romana Cambii 16. Maggio 1834. Marini.
(185) Ruota, decis. 421. part. 1. rec.
(186) Tract. de usur. quaest. 32. n. 23.
(187) Oldendorph. de action. class. 4. art. 24. n. 7. Paris. cons. 91. n. 14. lib. 1. Molin. de contract. disp. 549. Cyriac. contr. for. 165. Ruota, post. Cenc. decis. 479. n. 3. Leotard. de usur. quaest. 33. n. 6.
(188) Gabriel, cons. 26. n. 28. lib. 1. Honded. cons. 39. n. 3. lib. 1. Grazian. discept. for. cap. 140. n. 28. 34. Ruota, d. decis. 479. in fin.
(189) L. si vero, 12. ff. mand. l. 19. hoc tit. l. 37. ff. de usur.
(190) Leotard. tract. de usur. quaest. 33. n. 6.
(191) Veggasi quello che abbiamo detto nel Tit. III. lib. I. Istit. e nella l. 19. §. 2. di questo titolo.

TITOLO VI.

DE' CALUNNIATORI

SOMMARIO

Cenno sull' uso del presente titolo.

Il Pothier non ravvisa alcuna connessione fra il presente titolo e l' antecedente. Il Cujacio è di parere che la connessione dipenda dalla parola *negotium* che si legge nell' uno e nell' altro editto. Il pretore nel titolo antecedente trattò di quelle persone che amministrano gli affari altrui: per una certa analoga conseguenza sembra che nel presente titolo tratti di quelle che ricevono danari per disturbarli. La loro azione, presa nel significato generale, chiamasi calunnia: calunniatore adunque, secondo il tenore del presente editto, è quegli che, subornato con danaro od altri oggetti, fa o non fa una cosa a danno altrui, tanto in giudizio civile che criminale. Siccome le cose che possono farsi o non farsi a carico altrui, non consistono semplicemente nel promuovere una falsa accusa; ma possono eziandio svilupparsi in molti altri modi, così le disposizioni di questo editto non comprendono semplicemente la calunnia propriamente detta; ma eziandio la concussione, la prevaricazione, la falsa testimonianza, e generalmente tutti que' delitti ed azioni che vengono commesse dietro il conseguimento di una somma o di altri oggetti. Oltre le pene speciali dalle romane leggi comminate contro i suddetti delitti, il pretore in forza della sua giurisdizione aveva alla parte lesa somministrato l' azione in *factum*, per la quale chiunque fosse stato convinto di aver ricevuto danaro per fare o non fare una cosa a carico altrui, dovesse entro l' anno pagare il quadruplo della somma ch' avea ricevuta; e dopo l' anno una multa uguale alla medesima. Quali sieno le pene vigenti presso noi contro chiunque per danaro, doni o promesse, abbia calunniato, prevaricato, o reso falsa testimonianza, venne da noi accennato a suo luogo. Per quanto risguarda il presente editto, basta solo osservare che le pene del simplo o del quadruplo non sono presso noi sancite; mentre la pena pecuniaria, quando abbia luogo, che si applica a' delinquenti, non consiste nella precisa quantità stabilita dalle leggi romane; ma talvolta è uguale alla somma percetta, talvolta è maggiore o minore, secondo l' entità o gli effetti del delitto (192).

(192) Veggasi il Regol. sui delitti e sulle pene, 20. Settembre 1832. art. 151. 155. 200. 207.

DELLE LEGGI ROMANE

ABROGATE, INUSITATE E CORRETTE

SECONDO L' ORDINE DELLE PANDETTE DI GIUSTINIANO

LIBRO IV.

TITOLO I.

DELLE RESTITUZIONI IN INTIERO

SOMMARIO

I. *Origine delle restituzioni in intiero.*
II. *Delle cause, per le quali si concedevano.*
III. *De' giudici competenti per le medesime.*
IV. *Costumi odierni.*

I. Presso i Romani, chiunque si fosse obbligato nelle forme prescritte dal loro diritto civile, era tenuto ad osservare la convenzione. Questa disposizione era forse un po' dura, poichè molte cause poteano spesse volte intervenire, per cui l' obbligazione, radicalmente nulla, non meritasse di essere osservata. Tuttavia siccome il popolo non poteva essere capace di argomentazioni legali, così chi rappresentava il popolo dovea, per natura della costituzione, stare alla lettera della legge (1). I pretori, cui era affidata l' applicazione del diritto, conobbero la necessità di dovervi talvolta recedere; imperciocchè sebbene la legge, considerata in generale, avesse in se stessa tutti i principii della giustizia, nulladimeno, perchè fatta senza maturità di deliberazione, non aveva alcun temperamento, eccezione o modificazione, e sovente nell' applicazione a' casi pratici incorreva nell' assurdo. Il perchè, come altre volte osservammo, i magistrati, fondando sull' equità, senza dilungarsi dalle parole della legge, introdussero poco per volta alcune modificazioni, le quali indirettamente servivano a renderla inutile. Le restituzioni in intiero ne forniscono una prova: il fondamento delle medesime è solo l' equità, con la quale egli intesero a moderare il soverchio rigore

(1) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 28. n. 1. Tit. VI. lib. IV. Istit.

della legge civile: con esse i pretori non procedevano direttamente col punire la parte delinquente, ma indirettamente soccorendo la parte lesa. In questa maniera la legge che chiariva la validità dell' obbligazione allorchè fosse stata contratta con le formalità da essa prescritte, restava salva nella lettera; ma inutile nell' effetto.

II. La restituzione in intiero, di cui si tratta nel presente titolo, si concedeva per varie cause, le quali, seguendo l' ordine di questo libro, si possono ridurre a sei: pel dolo, per la violenza e timore, per l' età, per l' assenza, pel mutamento di stato, e per l' alienazione fatta a mutar giudizio.

Tutte le suddette restituzioni in intiero erano in sostanza altrettante azioni, le quali portavano per conseguenza un giudizio di rescissione. La prima aveva il nome particolare di azione di dolo, e si comprendeva nelle meramente personali: la seconda aveva il nome particolare di azione *quod metus causa*, ed era *in rem* scritta: la terza non ebbe nome particolare, e perciò ritenne quello di restituzione; secondo il più sano parere era giudizio parimenti personale: la quarta si appellava specialmente azione rescissoria, ed era reale: le due ultime non avevano nome particolare, e, al pari della prima, si comprendevano nelle meramente personali (2).

Il giudizio di restituzione ne' casi sopra mentovati, in quanto si concedeva in difetto di tutte le altre azioni, chiamavasi straordinario; nel resto, salvo quello de' minori, era ordinario al pari degli altri, mentre in esso procedevasi civilmente per mezzo de' giudici dati, senza cognizione pretoria (3).

III. Il suddetto beneficio non solamente si concedeva negli affari stragiudiziali, come nelle obbligazioni e ne' contratti; ma eziandio negli affari giudiziali, come nelle sentenze. Il giudizio di restituzione in intiero era fra quelli, ne' quali maggiormente risplendeva l' eminente giurisdizione de' magistrati superiori, nè presso i Romani potevano accordarla, se non il principe, il prefetto del pretorio, il prefetto della città, il pretore, il procuratore di Cesare, e nella rispettiva provincia il preside. Caduto l' impero, e, dopo tante vicende, cambiata la forma del governo, presso alcuni popoli si ritennero tuttavia gli antichi principii, imperciocchè, reputandosi la restituzione in intiero un beneficio o rimedio straordinario, non si volle compartito, se non per quelli, da cui si potessero implorare straordinari rimedi, come dal Principe, o da

(2) Vinnio, quist. scelt. lib. 1. cap. 11.
(3) Vinnio, quist. scelt. lib. 1. cap. 10.

quelli, cui egli ne avesse specialmente affidato la cura (4). Ma siccome anche a termini del diritto romano ella era propriamente giudizio ordinario, presso altri popoli si ritenne che potesse implorarsi da qualunque magistrato ordinario, purchè d' altronde avesse giurisdizione e impero (5). Questa regola generale venne sottoposta a qualche ragionevole eccezione, avuto riguardo all' atto contro cui la restituzione veniva domandata: s' ella riguardava gli affari stragiudiziali, giudice competente era l' ordinario; così parimenti s' ella si dimandava contro gli affari giudiziali, qualora questi riguardassero gl' incidenti della lite: ma se veniva implorata contro un atto giudiziale perfetto, principale e consumato, come contro le sentenze, si ritenne che non poteva essere giudice competente, se non un tribunale straordinario, come quello del Principe, o di altri che giudicasse in sua vece (6). In questo unico caso, deviandosi da' principii del diritto romano, la restituzione in intiero veniva propriamente a formare un giudizio straordinario, il quale per via di grazia si concedeva in difetto degli altri rimedi, e fuori dell' ordine de' consueti ed ordinari giudizi, conoscendo lo stesso Principe, o altri in suo nome. La qual disposizione non è a dire quanto fosse commendevole, imperciocchè avendo gli antichi magistrati la facoltà di concedere tal beneficio non solo nelle sentenze proferite da' magistrati inferiori; ma eziandio nelle sentenze proferite da sè medesimi, venivano in certo qual modo a costituirsi giudici nel fatto proprio, il che era un assurdo.

IV. Consimili, presso a poco, sono le disposizioni dell' odierna nostra procedura.

La prima causa di restituzione in intiero contro gli affari stragiudiziali, presso i Romani distinta col nome di azione di dolo, e presso noi più generalmente col nome di azione di nullità, essendo meramente personale, si agita dinanzi al giudice o tribunale del luogo ov' è domiciliato il reo (7).

La seconda causa presso i Romani distinta col nome di azione *quod metus causa*, e presso noi parimenti con quello di nullità, essendo in

(4) Rebuff. ad cons. reg. in proem. glos. 5. n. 48. 49. Ant. Fab. Cod. suo for. de temp. in int. rest. lib. 2. tit. 35. def. 2. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 1. tit. 28. §. 3217.

(5) Voet. comm. ad Pand. hoc tit. n. 4.

(6) Voet. d. loco.

(7) Reg. giud. art. 433. Concord. l. 2. ubi et apud quem. l. 3. l. 4. Cod. de in int. rest. mil. Veggasi la Segnat. nella Perusina circumscript. 1. Settembre 1842. Grossi, §. 4.

rem scritta, ossia di natura mista, parte reale e parte personale, si agita dinanzi il giudice o tribunale del domicilio o dimora del reo; oppure avanti il giudice o tribunale, nella cui giurisdizione esiste la cosa litigiosa a scelta dell' attore (8).

La terza causa tanto presso i Romani che presso noi distinta col nome di restituzione in intiero, essendo un azione personale, o se pur vogliamo, di genere misto (9), si agita parimenti, a scelta dell' attore, avanti il giudice o tribunale nella cui giurisdizione esiste la cosa litigiosa, ovvero avanti il giudice o tribunale del domicilio o dimora del reo.

La quarta causa tanto presso i Romani che presso noi distinta col nome di azione rescissoria, e talvolta con quello di restituzione in intiero, essendo reale, si agita parimenti dinanzi i giudici o tribunali sopra accennati.

Le due ultime cause di restituzione in intiero cioè per la mutazione di stato, e per l' alienazione fatta a mutar giudizio, presso noi non sono in uso, e però non franca la spesa di parlarne.

Siccome tutte le suddette cause vengono conosciute e decise, secondo la loro rispettiva competenza in ordine al valore della lite, da' giudici e tribunali ordinari, e con le forme comuni a tutti i giudizi, è chiaro che presso noi, come presso i Romani, non formano che un giudizio ordinario.

Quanto agli affari giudiziali, il nome di restituzione in intiero è totalmente incognito nel corso degli odierni giudizi, riserbato questo nome a quel rimedio straordinario che in vece e nome del Principe si accorda oggigiorno contro la cosa giudicata dal Supremo Tribunale di Segnatura. In esso, come a tempi de' Romani, maggiormente rifulge l' eminente giurisdizione de' magistrati superiori, e, qualora venga concesso, non importa che un ultimo appello devolutivo, anche riguardo alle spese, avanti il tribunale della S. Ruota, la quale in tal grado conosce e giudica in qualità di tribunale supremo (10).

Le nullità concernenti l' ordinatoria e il difetto sostanziale di mandato, di citazione o giurisdizione, si propongono dinanzi a' giudici rispettivi ov' è introdotta la lite (11). Se sia nata sentenza, e i sud-

(8) Reg. giud. art. 437. Veggasi la Segnat. nella Ferrariens. circumscript. 12. Febbrajo 1843. Caracciolo Santobuono.

(9) Voet. comm. ad Pand. lib. 4. tit. 4. n. 38.

(10) Reg. giud. art. 338. n. 5. junct. art. 324.

(11) Reg. giud. art. 733.

detti difetti sostanziali non siano stati sanati nè rimessi, dinanzi i tribunali di secondo o di terzo grado, a cui si porta l' appello sul merito principale (12).

Qualora manchi la via ordinaria, come nel caso che la sentenza non sia capace di appello, non si fa luogo oggigiorno al rimedio straordinario della restituzione in intiero, ma a quello del ricorso o circoscrizione dinanzi al tribunale Supremo di Segnatura (13). È riserbata esclusivamente al medesimo tribunale la quistione di nullità, qualora essa riguardi la materia o il valore della lite; oppure le persone o le cose appartenenti al foro Ecclesiastico (14).

L. Divus, 7.

Primo fu citato e non comparve nel termine prefisso. L' imperatore Antonino stabilì che se il reo, benchè condannato, si presentasse mentre il giudice fosse tuttavia seduto, non se gli dovesse negare il beneficio della restituzione in intiero. Presso noi se il reo, legittimamente e, quando occorra, nuovamente citato, non si presenti nel termine della seconda citazione, la legge gli accorda tuttavia la facoltà di presentarsi o costituire il procuratore, ogni qual volta la causa non sia compiutamente discussa (15): egli però non è ammesso a comparire, se non nello stato e nei termini, in cui la causa si trova: gli atti anteriori alla sua comparsa sono sempre irretrattabili, salvo le eccezioni per le nullità sostanziali (16).

(12) Reg. giud. art. 789.
(13) Reg. giud. art. 790.
(14) Reg. giud. art. 791.
(15) Regol. giud. art. 1134.
(16) Regol. giud. art. 1135.

TITOLO II.

DI CIÒ CHE SARÀ STATO FATTO PER TIMORE.

SOMMARIO

Cenno sull' uso del presente titolo.

La violenza e il timore hanno fra loro in generale il medesimo rapporto che la causa e l' effetto. In fatti, la violenza consiste nella minaccia di un male, fatta col fine di obbligare alcuno a porre in essere, pel timore ch' essa produce, un atto a sè pregiudicevole. Secondo i precetti de' Romani essa non influiva sopra gli affari giuridici, se non quando fosse ingiusta, e allorchè il male o la minaccia che dava luogo al timore, fosse di tal fatta, da sgomentare qualsivoglia persona ragionevole (17). Ora, sarebbe stato contrario a tutt' equità che un' obbligazione contratta in questa guisa, avesse dovuto sortire effetto. Nulladimeno la legge avea chiarito che quando un' obbligazione fosse stata contratta con le formalità stabilite, dovesse avere efficacia; e il giudice che presso gli antichi altro non era se non un privato, non poteva in conto alcuno recedere dalle medesime, se non ne' giudizi di buona fede, in cui gli era fatta licenza di conoscere e giudicare *ex bono et equo*. La differenza posta fra le obbligazioni di buona fede e di sommo diritto, delle quali quelle ammettevano una benigna interpretazione, laddove queste procedevano con tutto il rigore della legge, fece parimenti ammettere che le prime, cagionate dalla violenza, fossero nulle immediatamente; sussistessero le seconde. Siccome le obbligazioui di buona fede contratte per violenza si ritenevano come non avvenute, così la parte violentata non avea bisogno di ricorsi per annullarle; ma, indipendentemente da qualsivoglia rimedio, se in forza del contratto avea già dato qualcosa, potea ripeterla con l' azione vindicatoria; e se nulla aveva dato, si poteva contro l' attore difendere con l' eccezione di dolo. Ne' contratti di sommo diritto, all' opposto, non poteva agire con la prima, nè difendersi colla seconda, qualora non fosse stato rimosso l' ostacolo dell' obbligazione, mediante il soccorso della restituzione in intiero. Laonde il suddetto benificio per cagione della violenza era un' azione, la

(17) L. 6. hoc tit. Concord. Cod. Franc. art. 1112. Cod. Albert. art. 1199. e i rimanenti Codici Italiani.

quale si accordava in sussidio a quello che in un contratto di sommo diritto si fosse in tal modo obbligato, contro la parte che gli aveva incusso timore, acciocchè restituisse tutto ciò che per tal conto avesse percetto con ogni sua causa ed accessione; o in caso diverso, fosse condannata nel quadruplo.

Secondo la comune opinione, tolta in proposito la distinzione fra contratti di sommo diritto e di buona fede, un contratto cagionato per violenza nell' uso del foro è nullo, nè v' ha bisogno di straordinari soccorsi per dichiararlo tale. Non dubito quindi che presso noi la parte violentata, la quale in forza della sua promessa abbia dato alcun che, possa ripeterlo con l' azione vindicatoria, come i Romani avevano in tal caso ammesso ne' contratti di buona fede. Imperocchè la tradizione seguita in forza di un contratto nullo *ipso jure* non può produrre altro effetto che quello di trasferire il possesso naturale. Il quale facendo in proposito considerare il possessore come un predone, spoglio di ogni giusto titolo, non gli dà nè dominio, nè diritto di prescrivere. Laonde in pratica il nome di restituzione in intiero per questo conto è quasi inusitato, essendo più generalmente co' medesimi effetti in suo luogo surrogato quello di nullità. Per la stessa ragione che caddero in obblivione i nomi particolari di quasi tutte le azioni in genere, cadde parimenti dall' uso il nome particolare dell' azione *quod metus causa*, di cui si tratta nel presente titolo.

A norma delle disposizioni dell' attuale Codice di Francia, col quale concordano le vigenti legislazioni Italiane, la convenzione contratta per violenza non è nulla *ipso jure*; ma dà luogo soltanto ad agire per la nullità o per la rescissione (18).

L. Metum, 9.

§. Sed quod, 3.

La restituzione in intiero per causa di violenza solevasi anticamente, come altrove osservammo, concedere dal pretore. Quali sieno i magistrati, cui spetta oggigiorno di restituire in intiero, venne da noi altrove osservato (19).

(18) Cod. civ. Franc. art. 1117. Cod. Albert. art. 1204. Cod. Parmens. art. 1285.
(19) Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. I. n. 4. di questo libro.

§. Licet, 6.

§. Ex hoc edicto, 7.

SOMMARIO

Negli odierni costumi l' azione quod metus causa *è perpetua.*

Chiunque per violenza avesse dato o promesso una cosa, poteva a suo arbitrio promuovere contro l' avversario non una, ma più azioni. Suppongasi, per esempio, che Tizio, violentato da Mevio, gli avesse fatto donazione di un fondo. Tizio, il quale in conseguenza della traslazione del dominio fatta a Mevio, aveva perduto sul medesimo l' azione vindicatoria, poteva ricorrere al giudice e domandare che, rescissa la tradizione, gli fosse fatta licenza di ricovrare l' involontario dono, e di essere nuovamente abilitato a promuovere quell' antica azione, dalla quale era contro sua voglia decaduto. In tal caso Tizio, rescissa la tradizione, poteva agire con l' azione vindicatoria; egli però, tralasciando la medesima, poteva agire anche con l'azione *quod metus causa* in forza dell' editto, la quale, qualora il reo si fosse reso contumace, faceva luogo contro di lui alla condanna del quadruplo. Eletta a sua scelta una delle due sopraddette azioni, non poteva altrimenti ricorrere all' altra. Nell' odierna giurisprudenza l' azione *quod metus causa* in quadruplo non ha più luogo; ma solo l' azione pel simplo, la quale, non essendo penale, ma persecutoria della cosa, al pari di tutte le altre azioni di questo genere, non si prescrive che con trent' anni di spazio (20).

L. Sed et partus, 12.

§. Julianus, 2.

L. Extat, 13.

Giuliano dice che quegli, il quale impiegò la violenza per farsi pagare dal suo debitore, non è soggetto a questo editto del pretore, bastando ch' egli incorra nella pena comminata dalla legge Giulia, e di aver perduto il diritto al suo credito. Presso noi il creditore che im-

(20) Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 1. tit. 27. §. 1163.

piega la violenza per farsi pagare dal debitore; o che occupa le cose del medesimo per assicurarsi del suo credito, non decade dal suo diritto; ma incorre nella pena di un mese a un anno di detenzione, oltre una multa di scudi dieci ai cento, e la riparazione dei danni (21).

L. Item, 14.

§. Si quis, 1. et seq.

L. Quod diximus, 16.

§. Sed si servi, 1.

L' azione *quod metus causa* derivante dal presente editto del pretore era arbitraria: con essa ingiungevasi al reo di rendere la cosa ch' egli avea estorto: se non obbediva, in pena della sua contumacia rimaneva soggetto all' azione in quadruplo entro l' anno, e nel simplo dopo l' anno. Il simplo conteneva il valore della cosa estorta, e tutto quell' utile che l' attore avrebbe potuto conseguire, se non gli fosse stato incusso timore; il triplo conteneva la pena. Presso noi la pena pecuniaria ne' delitti di violenza, tanto pubblica che privata, è stabilita da' vigenti regolamenti, nè trovandosi in essi quella del quadruplo, dobbiamo ritenerla abolita (22). Giova però osservare che anticamente l' attore con l' azione *quod metus causa* conseguiva la riparazione de' danni anche mediante la semplice condanna del reo nel simplo, e molto meglio colla condanna di lui nel quadruplo, qualora fosse stato contumace. Oggigiorno la restituzione del percetto e la riparazione del danno derivante dal delitto, la quale è sempre nel simplo, è indipendente dalla pena pecuniaria che si applica al reo; mentre quella compete di diritto alla parte offesa, e questa al fisco. Dalla qual cosa ne segue che sebbene il reo, quantunque non contumace, abbia pagato il simplo per la riparazione del danno alla parte offesa, non rimane perciò esentato dal pagamento della multa al fisco in pena del suo delitto. Tanto l' azione competente al fisco per la multa, quanto l'azione competente all' offeso per la riparazione del danno, non si prescrivono og-

(21) Editto sui delitti e sulle pene 20. Settembre 1832. art. 116. Veggasi il Farinacc. quest. 175. part. 1. n. 145. Voet. comm. ad Pand. hoc tit. Giuliani, Ist. di diritto crim. vol. 4. pag. 135. e quello che abbiamo detto nel §. 1. Tit. II. lib. IV. Istit.

(22) Arg. art. 367. Editto sui delitti e sulle pene, 20. Settembre 1832.

gigiorno entro l' anno, nè durano oltre l' anno; ma qualora si agisca in forza dell' azione criminosa tanto l' una che l' altra si prescrivono secondo il termine stabilito alla prescrizione de' particolari delitti (23).

§. Haec actio, 2.

L. Videamus, 17. et seqq.

L' azione *quod metus causa*, essendo di natura mista, cioè penale e persecutoria della cosa, si concedeva anche all' erede; ma non contro l' erede, se non in quanto egli avesse avuto di vantaggio per la violenza commessa dal suo autore. Siccome la suddetta azione importava un giudizio di sommo diritto, così per conoscere la quantità, per la quale egli era tenuto, si dovea considerare il tempo della contestazione della lite, non quello della sentenza. E ciò per questo, che ne' giudizi di buona fede il giudice in proposito decideva conforme ciò che gli sembrava più giusto al tempo che proferiva la sentenza, laddove ne' giudizi di sommo diritto non poteva recedere dalla forma che precedeva la contestazione. Quanto il diritto Canonico e gli odierni regolamenti abbiano derogato a questa disposizione del diritto romano venne da noi altrove osservato (24).

L. Si mulier, 21.

§. Qui possesionem, 2.

Tizio possiede in buona fede un fondo, il quale per violenza gli vien tolto da Caio. Quegli promuove l' azione *quod metus causa* contro di questo, acciocchè il fondo gli venga restituito. Caio si rende contumace, e perciò si fa luogo alla condanna nel quadruplo. Dice il giureconsulto, che siccome Tizio non è padrone del fondo, ma soltanto possessore di buona fede, così la stima del quadruplo non si dee regolare avuto riguardo al prezzo del fondo; ma bensì avuto riguar-

(23) Regol. Organ. di proc. crim. 5. Nov. 1831. art. 12. Quando per un fatto criminoso compete all' offeso tanto l' azione civile che criminale, scelta la prima non può più intentare la seconda d. Regol. art. 592. Se vuol agire nella via criminale, l' azione pel risarcimento del danno si prescrive insieme all' azione penale; se vuol agire nella semplice via civile, l' azione in proposito dura trent' anni di spazio.

(24) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 1. Tit. XII. lib. IV. Istit.

do all' utile del possesso e de' frutti ch' egli avrebbe potuto consegui-re. La multa del quadruplo oggigiorno non ha luogo, e quindi si ren-de inutile il disputare s' ella debba regolarsi secondo la stima del fon-do, o secondo quella del possesso e de' frutti (25).

L. Qui in carcerem, 22.

Desumono da questa legge gl' Interpreti che tutte le obbligazioni contratte da quello che è tenuto in carcere, sono di niun momento. Alcuni fra' pratici portano avviso che la presente legge sia per contra-ria consuetudine abrogata. Altri, distinguendo il carcere giusto dall' in-giusto, ritengono che abbia luogo nel secondo e non nel primo (26). Questa distinzione sembra ammessa anche nella pratica de' nostri tri-bunali (27).

(25) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 14. e segg. di questo titolo.
(26) Veggasi il Farinacc. quaest. 25. Decian. vol. 3. resp. 102. n. 1. Pur-purat. cons. 282. n. 6.
(27) Ruota, decis. 500. n. 1. part. 3. decis. 500. n. 2. et seqq. part. 1. recent. e nella Forosempron. seu Haesina pecuniaria, super restitutione in integrum, 25. Febbraro 1791. Acciaiuoli, §. 10.

TITOLO III.

DEL' DOLO MALO

SOMMARIO

Cenno sull' uso del presente titolo.

Il dolo, preso nel significato generale, è qualunque alterazione della verità fatta col fine d' obbligare un altro a commettere un' azione che altrimenti non avrebbe commesso. In questo senso lato i Romani distinguono il dolo buono dal malo: il primo è quello di cui si fa uso in propria difesa contro gli attacchi ingiusti di un altro, o per qualunque altro lecito fine; il dolo malo, o dolo semplicemente, ha luogo, allorchè con scienza e intenzione si cerca di nuocere altrui con atti fraudolenti, o con altri mezzi contrari alla legge. Il dolo, in una parola, è ciò che noi chiamiamo cavillazione, inganno, o frode. Per le medesime ragioni da noi riferite nel titolo antecedente se il dolo era causa di un contratto di buona fede, l' obbligazione era nulla; ma se era causa di un contratto di sommo diritto, l' obbligazione era valida, e per rescinderla faceva mestieri di ricorrere all' azione straordinaria di dolo. Per la quale la parte dolosamente ingannata agiva in sussidio contro l' ingannatore, acciocchè restituisse tutto ciò che in forza del contratto avesse percetto con ogni sua causa ed accessione; o, in caso diverso, fosse condannato alla rifazione de' danni (28).

Ma diminuiti, come altrove osservammo, nell' uso del foro i differenti effetti fra contratti di sommo diritto e quelli di buona fede (29), e tolta in pratica la necessità di esprimere nelle citazioni il nome dell' azione (30), il nome di restituzione in intiero per cagione del dolo, generalmente parlando, si rese infrequente, surrogato in suo luogo il nome generico di azione o rescissione per causa di nullità. Oggi-

(28) Einec. Elem. jur. civ. lib. 4. §. 1152.

(29) Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 3. tit. 17. §. 2695. Voet, comm. ad Pand. lib. 18. tit. 5. n. 14. Pothier, traitè des oblig. part. 4. art. 2. n. 9. Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 28. tit. VI. lib. IV. Istit.

(30) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. principal. tit. IV. lib. IV. Istit. e nella l. 1. tit. XIII. lib. II. Dig.

giorno qualunque contratto cagionato dal dolo è nullo *ipso jure* (31) tanto s' egli sia di buona fede, come la vendita (32), quanto se sia di sommo diritto, come la transazione (33); e in tal caso la parte dolosamente ingannata, ommesso il nome di restituzione in intiero, e le formalità con cui veniva anticamente richiesta, suol citare l' avversario dinanzi al giudice o tribunale competente, acciocchè dal medesimo venga dichiarata la nullità del contratto.

Secondo il Codice di Francia, col quale concordano le vigenti legislazioni Italiane, la convenzione contratta per dolo, al pari della convenzione contratta per violenza, non è nulla *ipso jure*; ma dà luogo soltanto ad agire per la nullità o per la rescissione (34).

L. Hoc edicto, 1.

§. Ait praetor, 4.

SOMMARIO

Osservazioni sull' azione di dolo.

Negli antichi costumi de' Romani, in cui i giudizi erano vincolati da una moltitudine di formalità, si volle, come altre volte osservammo, che ogni affare fosse diretto con l' azione che gli era propria. Si cercò quindi con quell' accuratezza che si potè, migliore, di accomodare un' azione a ciascun fatto, mentre l' obbligazione o la convenzione che non avesse dalle leggi sortito un nome particolare, neppure aveva un' azione per l' implorare l' assistenza pubblica: della qual cosa ci rende bastevole testimonianza tutto il titolo de' patti collocato nei libri de' Digesti. Era forse impossibile che si potesse accomodare ad ogni fatto un' azione particolare, mentre i fatti sono di tante sorta e così variati, che per applicare a ciascuno un' azione speciale non sarebbe per avventura bastato un volume più grande de' Digesti medesimi. Per tale effetto furono introdotte anche parecchie azioni sussidiarie, le quali si

(31) Ruota nella Romana seu Corana laesionis 21. Febbrajo 1777. Herzan., e nella Beneventana reintegrationis et emendationis damnorum 4. Luglio 1817. Cesarei de Leonibus.

(32) Ruota nella Verulana laesionis 3. Marzo 1777. Mannelli.

(33) Ruota nella Ferrarien. transactionis 3. Giugno 1793. De Bayane, e nella Romana seu Urbinat. pecuniaria 13. Febbrajo 1818. Odescalchi.

(34) Cod. civ. Franc. art. 1117.

concedevano appunto, allorchè mancava qualunque altra azione. Di tal genere era l' azione *in factum*, quella di parole prescritte, ed altre simili, che, all' opportunità e secondo la differenza de' fatti, si potevano talvolta accumulare anche con altre azioni.

Fra le azioni sussidiarie eravi pur quella, di cui si tratta nel presente titolo, la quale, a differenza di qualcun' altra della stessa fatta, non si accordava, se non nel caso che mancasse ogni altro rimedio. E in fatti, leggendo ne' libri della ragione comune, noi non troviamo verun' altra azione, cui fosse prescritta tanta parsimonia, quanto a questa. La ragione, per cui i Romani si fecero con tanto scrupolo a investigare, se in vece di essa potesse competere all' attore qualche altra azione, consisteva in questo che l' azione di dolo era infamante, nè il pretore medesimo, dal cui editto ella discendeva, avea la facoltà di dare così facilmente azioni, per le quali potesse macchiarsi la stima de' cittadini. Del resto, oggigiorno che non si suole nelle citazioni esprimere il nome dell' azione, nè questa si suole inserire nella sentenza di condanna, cessa l' infamia, e cessano per conseguenza tutti gli scrupoli degli antichi. Ritengo però che utili sieno le disposizioni del diritto romano, perchè in pratica si faccia del dolo menzione il meno possibile, e specialmente niuna verso quelle persone che per legge de' Romani sono esentate da tale azione. Imperciocchè quantunque sia vero in generale che non si soglia oggigiorno nelle citazioni esprimere il nome delle azioni (35), è pure altrettanto vero, che l' indole e la qualità delle medesime si dee tuttavia desumere da' principii del diritto comune (36).

L. Et eleganter, 7.

§. Secundum, 1. et seqq.

L. Si quis, 9.

Nelle presenti leggi Ulpiano tratta dell' azione di dolo, e dice ch' ella non si dee concedere ogni qual volta la parte ingannata abbia in pronto un' altra azione, qualunque sia ed anche popolare, con cui possa ripetere il suo. Per quali ragioni così stabilissero gli antichi, e qual sia la pratica odierna, venne da noi altrove osservato (37).

(35) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. principal. Tit. VI. lib. IV. Istit.
(36) Reg. giud. art. 369.
(37) Veggasi ciò che abbiamo nella legge antecedente.

§. Merito, 5.

L. Id est, 10.

L. Non debet, 11.

Per la ragione che l'azione di dolo era infamante; volle il pretore ch' ella non si potesse promuovere, allorchè trattavasi di piccole cose. I censori del diritto romano osservano che siccome per piccole cose i Romani concessero l'azione di furto e quella de' beni tolti con violenza, le quali erano egualmente infamanti (38), così non fu ragionevole di negare in proposito quella di dolo.

§. Quibusdam, 1.

L' azione di dolo non si dee concedere ai figli contro i genitori, a quelli di bassa condizione contro persone costituite in dignità, a' prodighi, a' lussuriosi e ad altre persone vili, contro persone di specchiata condotta. In tali casi, invece dell' azione di dolo, si dovrà loro accomodare l' azione *in factum*, per la quale potranno conseguire il medesimo scopo. Oggigiorno che in pratica, generalmente parlando, i nomi delle azioni sono fuor d' uso, a che cosa potrà servire la suddetta distinzione? Che se nel libello citatorio, osserva il Cepolla (39), sia stata fatta menzione del dolo contro alcuna delle persone sopra mentovate, se ne potrà indurre la nullità.

L. Si plures, 17.

§. Haec actio, 1.

L' erede e gli altri successori, contro cui si promuove l' azione di dolo, sono tenuti solamente per quanto è ad essi pervenuto. Per diritto Canonico, col quale concordano gli odierni regolamenti, gli eredi e gli altri successori, convenuti pel dolo del defunto, sono tenuti in solido (40).

(38) §. 16. Inst. de rerum divis. princ. Inst. de vi bonor rapt. junct. l. 4. §. 5. de his qui not. inf.

(39) Caut. 162.

(40) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 1. n. 2. tit. XII. lib. IV. Istit.

L. Arbitrio, 18.

§. Dolo, 4.

Secondo i principii del diritto romano le liti dovevano avere il loro termine entro lo spazio di un triennio: scorso questo tempo, l' istanza rimaneva perenta. E perciò Paolo dice che se alcuno, lasciando dolosamente trascorrere il termine prescritto dalla legge, abbia fatto perire l' istanza, si potrà contro lui muovere l' azione di dolo pel risarcimento de' danni. Presso noi per disposizione del diritto Canonico (41) la perenzione dell' istanza non è in uso (42). Nulladimeno la presente legge potrà avere la sua applicazione in tutti quegli atti, ai quali la legge ha prefisso un termine perentorio. Imperciocchè s' essi da alcuno si facessero dolosamente trascorrere, si potrà contro lui promuovere l' azione pel risarcimento de' danni (43).

§. Si servum, 5.

Tu mi hai promesso un servo: Tizio l' uccide. Dichiara il giureconsulto che a te non compete contro l' uccisore l' azione della legge Aquilia, perchè egli col suo fatto ti liberò dall' obbligazione; e perciò si dovrà contro il medesimo promuovere l' azione di dolo. Il Bacovio e il Brunemmanno riprovano questa decisione di Paolo come troppo sottile: io, per me, la ritengo inutile (44).

L. Si fidejussor, 19.

Tizio promise un animale da lui disegnato, per farsene la consegna entro un certo termine: nella sua obbligazione intervenne un mallevadore. Il mallevadore, prima che spirasse il termine stabilito, uccise l' animale. La perdita della specie libera dall' obbligazione Tizio debitore, e, per conseguenza, anche il mallevadore, atteso la regola generale che, tolta l' obbligazione principale, si estingue l' accessoria. Con quale azione si dovrà adunque in tal caso soccorrere il creditore? Nerazio Prisco e Giuliano risposero con l' azione sussidiaria di dolo.

(41) C. penul. et ult. de jud.

(42) Card. de Luca dott. volg. lib. 15. cap. 12. n. 12. Decis. 452. n. 5. p. 1. t. 1. rec.

(43) Confer. art. 207, Dell' Editto sui delitti e sulle pene, 20. Settembre 1832.

(44) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. principal. tit. VI. lib. IV. Istit.

Alcuni fra i moderni giureconsulti obbiettano che nel caso sopra esposto non si dee concedere l' azione di dolo, mentre rimane un altro rimedio contro il mallevadore, cioè l'azione utile per la stipulazione, la quale, sebbene estinta per la liberazione del reo principale, tuttavia si restituisce contro di lui in forza della formola generale dell' editto (45). A tale obbiezione viene risposto che a' tempi di Nerazio e Giuliano non era per anco adottato in diritto di restituire per tal causa l' azione contro il mallevadore; e che perciò, sebbene avuto riguardo al tempo in cui vissero, abbiano ottimamente deciso che si dovesse in proposito dare contro il mallevadore l' azione di dolo, nulladimeno la loro decisione cessò di essere in uso, dacchè venne addottato in diritto di restituire contro di lui l' azione di stipulato.

L. Quod si deferente, 21.

L. Nam sufficit, 22.

Primo, tuo creditore, ti conviene in giudizio domandandoti il suo: tu neghi essere debitore; non potendo egli provarlo altrimenti, ti deferisce il giuramento: tu giuri, e rimani assoluto. Domanda Ulpiano, se, provato lo spergiuro, Primo possa intentare contro di te l' azione di dolo. Labeone fu di parere affermativo. Pomponio e Marcello sembrarono di opinione contraria, allegando che il giuramento pose termine a ogni controversia, non altrimenti che una transazione. Sino a qual segno sia presso noi ricevuta questa disposizione del diritto romano, venne da noi altrove osservato (46).

L. Si legatarius, 23.

Un legatario, cui fu lasciato un legato oltre la misura della legge Falcidia, persuase con ispontaneo giuramento, o con qualche altra fallacia, all' erede, che non conosceva ancora la sostanza ereditaria, esservi nell' eredità più del bisogno per soddisfare interamente i legati; ed in tal modo conseguì il suo legato per intiero. Scrive il giureconsulto doversi in proposito muovere contro di lui l' azione di dolo. I censori delle leggi romane osservano che siccome l'azione di dolo non

(45) L. 38. §. penul. l. 95. §. 1. de solut. l. 88. de verb. obl. l. 32. §. fin. ff. de usur.

(46) Cioè nel §. 11. n. 3. Tit. VI. lib. IV. Istit.

si dee concedere, qualora v' abbia in pronto qualche altro rimedio, così in proposito si dovrebbe più presto accomodare l' azione personale d' indebito. Presso noi è questa oggigiorno una quistione inutile (47).

L. In haeredem, 26.

L. Itaque, 28.

In quanto pel dolo del defunto si dia oggigiorno l' azione contro l' erede, venne da noi altrove osservato (48).

(47) Per quello che abbiamo detto nel più volte citato §. principal. Tit. VI. lib. IV. Istit.

(48) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 17. §. 1. di questo titolo.

TITOLO IV.

DE' MINORI DI VENTICINQUE ANNI.

SOMMARIO

Cenno sul presente titolo.

Prima che uscisse l'editto del pretore, la legge Letoria aveva in molte cose provveduto agl'interessi de' minori. La suddetta legge determinò il tempo della minorità, prefiggendone il fine agli anni venticinque. Essa precisamente vietava a' minori di stipulare, ossia di obbligarsi con promessa (49); e dalla medesima derivò la disposizione che i minori dovessero assoggettarsi a un curatore. Il pretore, in forza della sua giurisdizione, venne in soccorso de' minori assai meglio di quell'antica legge; avvegnacchè, mediante il suo beneficio della restituzione in intiero, non solamente provvide a' loro interessi nel caso che fossero stati tratti in inganno da altri; ma eziandio nel caso che per debolezza di età si fossero ingannati da sè medesimi. Giova però osservare che quando il pretore introdusse tal beneficio in vantaggio de' pupilli e de' minori, non erano per anco in loro vantaggio introdotte tutte quelle precauzioni che dopo la decadenzza della repubblica furono prese dagl' Imperatori, per garantire i loro interessi tanto nelle alienazioni che negli acquisti (50); e molto meno erano cognite a que' tempi tutte quelle solennità che si esigono oggigiorno nelle loro obbligazioni. La qual cosa ci persuade a credere che il beneficio della restituzione concessa a' minori fosse di un uso più frequente a' tempi della repubblica, che a' tempi dell' impero; e più ancora a' tempi dell' impero che a' tempi nostri. Ciò non dimeno perchè il suddetto beneficio non ebbe dalle leggi un nome particolare, e d'altronde fu sempre reputato giudizio straordinario; così, non potendo egli cadere, per mancanza di nome, nella disuetudine generale in cui caddero i nomi di quasi tutte le azioni, ritenne mai sempre il suo proprio, ed è oggigiorno, quanto a' contratti, una delle restituzioni in intiero più cognite (51). La quale, allorchè concorrono i requisiti voluti dal diritto comune, si concede anche contro il decreto del giudice.

(49) Priscian. lib. 18.
(50) Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. XXI. lib. I. Istit.
(51) Cod. civ. Franc. art. 1306. Cod. Albert. art. 1398.

L. Hoc edictum, 1.

§. Et ideo, 3.

Il minore presso i Romani non usciva di cura, se non dopo venticinque anni compiuti. Quando vi esca presso di noi e presso gli altri popoli italiani, venne da noi altrove osservato (52).

L. Ait Praetor, 7.

§. Quaesitum, 8.

SOMMARIO

Se negli odierni costumi il minore goda del beneficio della restituzione in intiero contro la vendita fatta con l' autorità pubblica.

Siccome i minori godono del beneficio di restituzione non solo nel caso che abbiano sofferto un danno, ma eziandio nel caso che abbiano ommesso un lucro, così fu promossa la quistione, se nella fattispecie che al pubblico incanto fosse stato venduto il fondo di un minore, si dovesse rinuovare la licitazione, qualora vi fosse alcuno che offerisse un prezzo maggiore. Ulpiano riferisce che i pretori solevano per tale oggetto tutto giorno accordare a' minori la restituzione in intiero; nulladimeno soggiunge che in ciò si dee andare molto a rilento.

La teorìa di questa legge, la quale ne' tempi in cui fu fatta, avrà senza dubbio avuto un ottimo fine, nella pratica universale di quasi tutte le nazioni fu ricevuta con una riserva assai maggiore di quella che saggiamente ci consiglia Ulpiano (53). E in fatti, ammesso che un minore, o qualsivoglia altra persona privilegiata, potesse godere del beneficio della restituzione in intiero solo per questo, che, dopo eseguiti legittimamente gli sperimenti, un terzo fecesi a proporre un offerta maggiore, non vi sarebbe, a mio credere, persona alcuna, la quale, sul dubbio di vedersi tolto l'acquisto, entrasse a licitare; e sarebbe lo stesso, che diminuire e snervare quella fede che meritevolmente è do-

(52) Veggasi quello che abbiamo detto nel principio del titolo XII. lib. I. Istit.

(53) Cristin. ad l. Mechlin. tit. 7. art. 2. n. ult. Giud. Pap. decis. 22. in fin. Brunemman. in l. ult. Cod. si adv. fisc. Ant. Mattheo, de auctionibus lib. 1. cap. 16. n. 25. Voet, comm. ad Pand. hoc tit. n. 17.

vuta a una vendita fatta con l' autorità del pubblico (54). I pratici che scrissero di questa materia, sono comunemente di avviso che, dopo fatti i debiti esperimenti, e deliberato il fondo al maggior offerente, il minore, se la cosa in realtà non vaglia più di quello che fu venduta, non debba essere ammesso al suddetto beneficio, quantunque vi sia chi poscia offera un prezzo anche maggiore di vantaggio (55); poichè, in caso diverso, la pubblica auzione si ridurrebbe a un giuoco, nè meriterebbe il nome di vendita giudiziale (56). La qual sentenza in tanto più calza a' giorni nostri, in quanto le quistioni dipendenti dalle licitazioni sono così connesse con le quistioni riguardanti l' odierno sistema ipotecario, che non si possono ammettere le prime, senza recare un intralcio alle seconde (57): e quindi il concedere nuove offerte e rescissioni di vendite, dopo che per una valida licitazione l' aggiudicatario ha acquistato il pieno e libero dominio (58), porterebbe con sè degli inconvenienti gravissimi.

Il minore adunque non è in proposito ammesso negli odierni costumi al beneficio della restituzione, allorchè si tratti di un suo lucro, ma solo nel caso di un danno, ossia quando v' intervenga la lesione; ma in tal caso la sua condizione non differisce da quella de' maggiori, potendo anch' essi rescindere la subasta per tal conto (59). Giova però osservare che siccome gli odierni regolamenti hanno nella vendita degl' immobili stabilito un primo prezzo d' incanto, e questo prezzo ha per base la stima del fondò come trovasi iscritta ne' registri censuari, con più que' debiti aumenti che convengono alla diversa specie de' beni (60), così sembra in gran parte preclusa oggigiorno la strada a tali quistioni.

§. Sed quod Papinianus, 10.

La sostituzione volgare fatta a un pubere o a un impubere straniero, cessa mediante l' adizione dell' eredità. Se quegli che adì, ottiene il beneficio della restituzione in intiero, torna a convalidarsi

(54) Posthio, de subhast. insp. 57. n. 22. et seqq.

(55) Donat. Ant. de Marin. quotid. resolut. cap. 46. n. 7. Posth. d. loc. Veggasi Sfort. Odd. de restit. in int. part. 2. quest. 57. art. 3.

(56) Marta, cons. 95. n. 2. 10. 11. Posthio d. loco.

(57) Ruota nella Ferrarien. subhastationis 12. Marzo 1832. Zacchia §. 17.

(58) Ruota nella Romana census super subrogatione fundi 23. Novembre 1827.

(59) Ruota nella Romana lesionis 1. Febbrajo 1819. Zinnani.

(60) Reg. giud. art. 1310. 1322.

la sostituzione precedentemente annullata? Risponde il giureconsulto che no, se non nel caso che l'eredità non sia solvibile. Non pochi fra' moderni interpreti sono di avviso essere a questo responso derogato per legge nuovissima di Giustiniano, in forza della quale si fa luogo al sostituito in qualsivoglia modo desista l'erede (61).

§. Item, 12.

Oggi, come altrove osservammo, l'istanza non rimane perenta pel decorso del tempo, e perciò non v'ha bisogno di restituzione in intiero contro la sua perenzione (62).

L. Si ex causa, 9.

§. In dotis, 1.

Come appare dal tenore di questo paragrafo, le leggi romane concedono il beneficio della restituzione a quella femmina che per inesperienza dell'età, abbia recato in dote al marito tutto il suo patrimonio. Quasi generalmente i pratici sono di avviso che nell'uso del foro non si debba per tal conto concedere alcuna restituzione alla donna, se non nel caso che vi sia stata dolosamente indotta, perocchè non si possa oggigiorno presumere lesa quella donna che, avendo ricca dote, non si riserba de' beni liberi per sè stessa (63). Io, per me, non trovo ragione per cui si debba negare in proposito la restituzione, specialmente se la femmina abbia per avventura portato una dote eccessiva, la quale superi di gran lunga il patrimonio, i meriti e la dignità del marito.

§. Papinianus, 4.

§. Adversus, ult.

L. Nisi, 10.

Se un tale, maggiore di anni venti, e minore di venticinque, soffra di essere ridotto in servitù, vale a dire, s'egli comporti di

(61) Nov. 1. cap. 1. Brunemman. hic. Veggasi in proposito il Vinnio quist. scelte lib. 1. cap. 14. e quello che ivi abbiamo detto nelle nostre note.

(62) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 18. §. 4. tit. III. di quest. lib.

(63) Groenev. in l. unica Cod. si adversus dot. Voet, comm. ad Pand. hoc tit. n. 18. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 1. Tit. 28. §. 3055.

essere venduto, per farsi partecipe del prezzo, non gode del beneficio di restituzione; imperciocchè, essendo diventato servo, non è più riguardato come persona, e non ha più la comunione de' diritti civili: così parimenti il pretore non concede tal beneficio al minore contro la sentenza che pronunciò libero il servo di lui, per la nota regola che contro la libertà non v'ha restituzione in intiero, salvo se per grave motivo l'accordi il Principe. Ritengo che presso noi tutto ciò sia oggigiorno superfluo (64).

L. Verum, 11.

§. Quid, si minor, 1.

Un minore di venticinque anni, e maggiore di venti, fece vendita di un servo, a condizione che venisse manomesso. Chiede il giureconsulto, se gli possa competere il beneficio della restituzione: decide che può essere ascoltato, qualora faccia la sua domanda, prima che il servo acquisti la libertà. Chiede inoltre se possa ottenere il beneficio della restituzione il compratore, qualora egli sia costituito in età minorile. Risponde parimenti che il può, se il servo non sia peranco manomesso. Tutto ciò presso noi è oggigiorno inutile (65).

L. In causae, 16.

§. Nunc videndum, ult.

L. Praefecti, 17.

Quali sieno i magistrati, cui spetta oggigiorno il diritto di restituire in intiero, venne da noi altrove osservato (66).

L. Minor, 18.

§. Idem, 3.

L'imperatore Antonino rescrisse a Licinio Frontone essere cosa insolita che un altro, dal principe in fuori, conceda la restituzione

(64) Veggasi quello che abbiamo detto nel Tit. III. e nel §. 1. n. 3. tit. XVI, lib. I. Istit.

(65) Veggansi i luoghi citati nella nota precedente.

(66) Veggasi quello che abbiamo detto nel tit. I. n. 4. di questo libro.

in intiero contro di una sentenza pronunciata in grado di appello. Presso noi nelle sentenze proferite in grado di appello e passate in cosa giudicata è stabile e fermo che altri conceda la restituzione in intiero, a nome e in vece del principe (67).

§. Sed et si, 4.

In quelle certe cause, nelle quali era dal principe deputato un giudice o magistrato particolare, la restituzione in intiero non si potea concedere che dal principe medesimo. Concordano con le romane le vigenti disposizioni. Nelle cause, a termini dell' odierna legge, decise e giudicate dalle magistrature amministrative, il ricorso per ottenere il rimedio straordinario della restituzione in intiero si porta al Sovrano (68). Se il Sovrano ammette il ricorso, il nuovo sperimento in grado di restituzione vien fatto innanzi al consiglio supremo, qualora il consiglio non abbia giudicato: negli altri casi il medesimo destina una speciale congregazione composta dell' Eminentissimo Prefetto della Segnatura di giustizia che n' è il presidente, di due altri Eminentissimi Cardinali, e di due uditori della S. Ruota, con l' assistenza e col volto consultivo di monsignor avvocato del fisco (69).

L. Quod si minor, 24.

§. Scaevola, 2.

Se alcuno per leggerezza giovanile abbia ommesso di adire o ripudiare una eredità, dice Scevola che si debba ammetterlo alla restituzione, qualora le cose sieno in istato d' integrità; in caso diverso doversi negare. Alcuni fra' moderni giureconsulti sono di opinione che la disposizione di questa legge sia in parte corretta da una costituzione di Giustiniano (70), la quale concede al minore il beneficio della restituzione, quantunque le cose non siano più nel loro stato d' integrità (71). Altri portano avviso che siccome la suddetta restituzione parla di un erede suo, così nulla abbia corretto riguardo all' erede

(67) Veggasi la nota citata nella legge precedente.
(68) Reg. giud. art. 1700.
(69) Istr. circ. della Seg. di Stato 16. Aprile 1840.
(70) L. final. Cod. de repud. vel. abst. haered.
(71) Covarruv. var. resol. lib. 1. cap. 5. Gotofred. hic. in not.

minore estraneo, di cui parla la presente legge. Quest' opinione è assai più ricevuta della prima (72).

L. Illud nullam, 25.

§. Si talis, 1.

Il minore può domandare la restituzione in intiero anche per mezzo di procuratore, ma per diritto civile vuolsi che in tal caso il procuratore sia munito di mandato speciale. E ciò per questo, che il minore nella causa di restituzione agisce contro il fatto proprio, nè il procuratore può agire contro il fatto proprio del suo principale (73). Per diritto Canonico il mandato speciale è necessario, se la restituzione in intiero venga richiesta principalmente (74); s' ella si chiede incidentalmente, basta il mandato generale (75).

L. Cum minor, 28.

Dice Caio che quando un minore di venticinque anni viene restituito contro di quello, al quale mosse l'azione di tutela, il tutore non dee per questo essere reintegrato nell' azione di tutela contraria. Osservano parecchi Interpreti essere questa decisione opposta a quella regola generale, la quale insegna che la restituzione, reintegrando a ciascuno i propri diritti, pone tutto nello stato di prima; e trovarsi in aperta contraddizione con alcune leggi del Codice, le quali la suddetta regola confermano (76). Il Cuiacio, per conciliare tale antinomia, ragiona che in proposito la restituzione non giova al tutore, perchè nella presente legge, a differenza di quelle del Codice, non si tratta di un solo giudizio; ma di due giudizi diversi, cioè del diretto e del contrario, che nulla hanno fra loro di comune. L' opinione del Cuiacio non è da tutti abbracciata, e parecchi la confutarono.

(72) Pacius, cent. 3. quaest. 3. Hillig. in Donell. lib. 7. cap. 2. Sfort. Odd. de rest. in int. quest. 63. part. 2. Brunemman. hic. n. 3. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 1. tit. 28. §. 3113. 3114. Veggasi però la Ruota nella Fanen. restitut. in int. 29. aprile, 1777. Mannelli §. 4. e seg.

(73) L. 30. ff. mand.

(74) Cap. coram de in int. rest.

(75) Cap. suscitata de in int. rest. Odd. de rest. in int. quaest. 31. par. 13. Covarruv. var. resol. lib. 1. cap. 6. n. 1. e comunemente i Dottori nel commento di questa legge.

(76) L. 1. l. 2. Cod. si advers. transact.

L. Etiam si, 29.

§. Si haereditate, 2.

Un minore accetta l'eredità paterna; trovandosi leso, chiede il beneficio della restituzione in intiero. Domanda il giureconsulto se debbano in tal caso essere chiamati tutti i creditori ed aventi interesse; il che decide affermativamente, poichè il minore, mediante l'adizione, si è verso di loro obbligato. Concorda con la romana la vigente legislazione (77).

L. Si minor, 34.

§. Minores, 1.

Se un minore ha fatto compromesso in un giudice e ha stipulato con l'autorità del tutore, dice il giureconsulto ch' egli può dimandare di essere restituito, essendo leso dalla sua sola obbligazione di compromettere. È opinione di parecchi dottori che per consuetudine generale di molti popoli non sia vietato al minore di compromettere con l'autorità del tutore (78). Presso noi è adottata la disposizione del diritto romano (79).

L. Auxilium, 37.

§. Sed et in, 1.

L'adulterio, posto da' Romani fra' pubblici delitti, era soggetto alla pubblica accusa; questa era di due sorta, comune e privilegiata. La prima, *jure extranei*, competeva a qualunque del popolo, e si estingueva con cinque anni di spazio dal commesso delitto; la seconda, *jure viri* e *jure patris*, competeva al padre ed al marito, e si estingueva entro sessanta giorni utili dopo seguito il divorzio. Domanda il giureconsulto, se, avendo un marito minore lasciato decorrere il tempo suddetto, possa ottenere il beneficio della restituzione. Il che egli nega, perchè reputasi calunnia l'intentare un' azione dopo perenta, nè conviene alla maestà del pretore di soccorrere i calunniatori.

(77) Reg. giud. art. 1576.

(78) Raland. a Vall. vol. 2. cons. 57. n. 35. Borell. de compromiss. §. 1. Glos. 3. n. 53. Caroc. decis. 13. n. 5.

(79) Reg. giud. art. 1746.

Fino da' tempi del primo impero la pubblica accusa riguardo all' adulterio fu accerchiata da tante sottigliezze di diritto, che divenne più presto tale di nome, che di fatto (80). In appresso Costantino l'abolì espressamente, restringendo il diritto di accusare solo al marito, al padre, al fratello e allo zio paterno e materno (81). Cadde quindi fino da quell' epoca la distinzione dell' accusa *jure viri* e *jure extranei*. Nell' odierna legislazione di quasi tutte le nazioni l' accusa dell' adulterio fu ristretta al solo marito, e presso noi, tolta la suddetta prescrizione semestrale, com' è tolto il divorzio, si estingue con cinque anni di spazio (82).

L. Intra utile, 39.

§. Vendentibus, 1.

I curatori di un minore vendettero un fondo di lui a Lucio Tizio; Tizio il possedette per quasi sei anni di spazio, e lo rese di gran lunga migliore. Il minore vuol ricovrare il suo fondo. Domanda il giureconsulto, se, essendo i curatori solventi, il minore possa ottenere il beneficio della restituzione contro il possessore. Risponde che, qualora il minore non si offra di risarcire tutte le spese dal compratore fatte in buona fede, non se gli dee concedere restituzione alcuna, tanto più ch' egli può agire con l' azione di tutela contro i suoi curatori. Il Perezio (83), ed altri parecchi, ritengono che la disposizione di questa legge sia in parte corretta dal diritto Giustinianeo, pel quale si concede al minore indistintamente l' elezione di agire contro i tutori, o di domandare la restituzione contro il possessore di buona fede (84). Altri sono di opinione che il caso della presente legge sia un' eccezione della regola, e che perciò nulla sia dal nuovo diritto derogato. La prima opinione chiama seco meno particolarità, ed offre in pratica meno inconvenienti; perciò mi sembra ch' ella si dovesse preferire.

(80) L. constante, ff. ad l. Jul. de adult.
(81) L. 30. Cod. eod.
(82) Editto sui delitti e sulle pene 20. Settembre 1832. art. 42. Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 4. n. 1. tit. ult. lib. IV. Ist. e nel tit. V. lib. XLVIII. Dig.
(83) Comm. ad Cod. si adv. vend. n. 3.
(84) L. etiam 3. l. ult. Cod. si tutor vel curat. interv.

L. Si judex, 41.

Un minore chiese la restituzione contro il compratore di un suo fondo. L'effetto della restituzione, che è quello di rimettere tutte le cose nel medesimo stato in cui si trovavano, fa si che il minore debba restituire il prezzo percetto dalla vendita. Chiede il giureconsulto, se, amando egli meglio di ritenersi il prezzo, si ammetta in lui la penitenza, e possa ciò non ostante ripudiare il beneficio ottenuto. Il che egli afferma per la ragione che a ciascuno è lecito di rinunciare a quel vantaggio che la legge introdusse a suo favore. Alcuni ritengono che tal decisione presenti un assurdo (85). Altri ch' ella sia corretta pel diritto di Giustiniano, in forza del quale non si ammette penitenza (86). Io, per me, considero che se il minore ama di titenersi il prezzo ricavato dalla vendita, e il giudice lo ammette, non v'è lesione, nè causa di restituzione.

L. Praeses, 42.

Secondo il diritto romano il preside di provincia può restituire in intiero il minore di venticinque anni anche contro la sua propria sentenza e contro quella del suo antecessore; imperciocchè, dice Ulpiano, la restituzione in intiero, riguardo a' minori, è quanto l'appello riguardo a' maggiori; ossia i minori in grazia dell'età, mediante la restituzione in intiero, conseguono ciò che i maggiori di venticinque anni possono ottenere mediante l'appello; ed è che i minori ottengono la riforma della sentenza appellata anche da quel giudice medesimo che pronunciò la stessa sentenza. Dal qual paralello inferiscono gl' Interpreti, che il giudizio di restituzione, al pari dell'appello, sospende l'esecuzione della sentenza (87).

Siccome la restituzione in intiero contro le sentenze è rimedio straordinario, il quale non si concede, finchè si può ricorrere al'ordinario, così presso noi i minori, al pari de' maggiori, non possono implorarlo, finchè possono far uso dell'appello. Tanto per gli uni che per gli altri non si concede che al solo effetto devolutivo, anche in ordine della tassa delle spese; giacchè per regola generale contro la cosa giudicata non v' ha rimedio sospensivo (88).

(85) Autumn. Censur. Gallic. hic.
(86) L. ult. §. sin. autem, Cod. de bon. quae lib. Gotofred. hic, in not.
(87) Mynsing. cent. 1. obs. 80. Afflict. decis. 356. n. 3. Brunemman. hic, n. 3.
(88) Reg. giud. art. 273. Veg. quello che abbiamo detto nel Tit. I. n. 4. di quest. lib.

L. Minor, 48.

§. Minor, 1.

Un minore vendette una schiava, e questa fu dal compratore manomessa. Domanda il giureconsulto, s' egli possa per tal causa essere restituito in intiero; il che, per le ragioni altrove allegate, risponde negativamente (89).

(89) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 11. §. 1. di questo titolo.

TITOLO V.

DE' MUTATI DI STATO.

SOMMARIO

Cenno sull' uso del presente titolo.

La quarta causa, per la quale, seguendo l' ordine delle Pandette, il Pretore si mosse a concedere il rimedio straordinario della restituzione in intiero, era il cambiamento di stato: questo, come altrove osservammo, poteva essere massimo, medio o minimo; e, per quello riguarda la presente materia, poteva incogliere tanto al debitore che al creditore.

Quanto al creditore;

La mutazione di stato massima importava la servitù per fatto del giudice o per fatto privato. La prima aveva luogo, allorchè per sentenza del giudice fosse stato condannato alle fiere o a' metalli: in tal caso egli diventava servo della pena, i suoi beni si pubblicavano e vendicavano al fisco (90). Siccome le azioni fanno parte de' beni (91), così il fisco acquistava anche queste. La seconda procedeva, allorchè egli avesse comportato di farsi vendere, per essere partecipe del prezzo; o se per la sua ingratitudine fosse stato dal patrono revocato in servitù. In tal caso, come nell' altro, egli perdeva i suoi beni, e per conseguenza le azioni, mentre il servò, secondo i principii del diritto romano, nulla aveva del proprio, e tutto acquistava al padrone, sotto la cui potestà viveva soggetto.

La mutazione di stato media; per la quale si perdeva la cittadinanza, aveva gli stessi effetti; il deportato perdeva i suoi beni, e per conseguenza anche le azioni (92).

La mutazione di stato minima, per quello riguarda il presente titolo, avea gli stessi effetti delle due precedenti. Il creditore che, facendosi arrogare, fosse passato in altra famiglia, nulla più aveva del proprio, perocchè, come osserva Papiniano, l' arrogato trasmette nell' altrui famiglia con la sua persona tutte le sue fortune (93). Tut-

(90) L. 1. ff. de bon. damnat.
(91) L. bonorum, ff. de verb. signif.
(92) D. l. 1. ff. de bon. damnat.
(93) L. pen. §. ult. dc bonor. poss. sec. tab.

to ciò procedeva anche meglio nell' emancipazione, mentre, secondo i costumi degli antichi, in essa interveniva una certa imaginaria condizione servile.

Da tutto ciò risulta che in qualunque diminuzione di capo fosse incorso il creditore, il pretore non gli concedeva la restituzione, affine di reintegrarlo in quelle azioni ch' egli aveva perduto. E ciò con ottima ragione, poichè se la mutazione di stato proveniva dal suo delitto, giusto era che ne portasse la pena; e se proveniva da un fatto suo, sebbene non criminoso, non potea richiamarsi che di sè stesso, mentre la perdita de' beni e delle azioni in tal caso non proveniva che dalla sua volontà.

Quanto al debitore,

S' egli incorreva nella diminuzione di capo massima, rimaneva al momento libero da ogni obbligazione civile, poichè, secondo i principii del diritto romano, niun' azione potea sussistere contro a' servi (94). Dicasi lo stesso s' egli incorreva nella diminuzione di capo media, mentre il deportato riputavasi come morto civilmente (95). In ambedue i casi il creditore perdeva contro di lui ogni azione, nè il pretore entrava di mezzo a soccorrerlo, mediante il beneficio della restituzione. Si aggiunga ch' ella neppur era necessaria, poichè tanto se i beni si confiscavano, quanto se pervenivano in mano a' privati, il creditore poteva esercitare le proprie azioni contro di loro, mentre tanto quello che questi si ritenevano surrogati in suo luogo (96).

La diminuzione di capo minima proveniva dall' arrogazione, e dall' emancipazione. L' arrogato, secondo alcuni, non rimaneva libero da quelle obbligazioni ch'egli avea contratte nel tempo ch'era di sua ragione; e perciò, continuando nel creditore l' azione, non avea duopo di ricorrere al beneficio straordinario della restituzione, per farla rivivere. Secondo altri, la restituzione era necessaria, poichè, almeno secondo loro, l'arrogazione toglieva le obbligazioni; o, se non le toglieva, i diritti del creditore diventavano inutili, allorchè i beni dell' arrogato cadevano in mano del padre arrogatore (97).

L' emancipazione, facendo cadere l' emancipato in una certa servitù immaginaria, produceva la totale liberazione del debitore. Parve a' pretori contro la naturale equità che in tal caso si estinguesse al cre-

(94) L. servi, ff. de obligat. et act.
(95) L. 1. §. penult. ff. de bon. poss. contr. tab.
(96) L. tutelas, §. ult. ff. hoc tit.
(97) Ant. Fabr., in l. 7. §. 3. de rest. in integr.

ditore l' azione, e perciò si fecero a pubblicare il presente editto, in forza di cui promettevano la restituzione in intiero nel caso della minima diminuzione di capo. Mediante tal beneficio, il quale in sostanza altro non era che un' azione personale perpetua, quelli che avevano obbligazioni a sè favorevoli prima che avvenisse il mutamento di stato, le conservavano anche dopo; e, rimosso, l' impedimento potevano convenire i debitori, perchè le loro obbligazioni adempissero.

Del resto, siccome la causa dell' estinzione delle obbligazioni consisteva nell' antico rito di fare le adozioni e le emancipazioni mediante tre vendite immaginarie e consecutive, per le quali si reputava che quegli, il quale veniva in tal modo venduto, diventasse uno schiavo, così la necessità di ricorrere al suddetto beneficio del pretore cessò di essere in uso tosto che dall' imperatore Giustiniano fu quell' antica costumanza abolita (98).

L. Pertinet, 2.

Dice Ulpiano che questo editto riguarda quelle diminuzioni di capo che lasciano salva la cittadinanza. Quindi se la diminuzione di capo accada con la perdita della cittadinanza, o della libertà, l' editto non ha più effetto, nè i diminuiti per tal modo possono più essere convenuti in giudizio, essendo concessa l' azione soltanto contro coloro, a' quali i beni pervennero. In qual maniera anticamente s' incorresse nella diminuzione di capo massima e media, quali fossero gli effetti della medesima, e quanto su questa materia siansi mitigati gli odierni costumi, venne da noi altrove osservato (99).

§. Hi, qui capite, 2.

Come osservammo nel principio di questo titolo, il presente editto non si può applicare, se non alla diminuzione di capo minima, imperciocchè quelli che incorrono in tale mutamento di stato, rimangono naturalmente obbligati per le cause anteriori alla loro mutazione. Il giureconsulto però osserva che *talvolta* si concede l' azione anche a cui abbia contratto con un diminuito di capo, dopo la diminuzione stessa. Molti fra' moderni giureconsulti non sanno spiegare

(98) Donell. comm. jur. civ. lib. 21. cap. 5. n. 22. in fin.

(99) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 1. §. 3. §. 5. Tit. XII. e nel §. 1. §. 2. Tit. XVI. lib. I. Istit.

per qual ragione Ulpiano abbia detto *talvolta*, non si potendo supporre il caso, nel quale uno che abbia sofferto la minima diminuzione di capo, non possa obbligarsi. Il Cuiacio è di parere che Ulpiano voglia parlare di quelle femmine che anticamente sofferivano la diminuzione di capo, sottoponendosi alla potestà del marito, dicendo che elle non potevano contrarre obbligazioni (100). Altri rifiutano questa ragione, allegando che alle medesime non potea mancare quella facoltà che pur competeva a qualunque figlia di famiglia. Che che però ne sia dell' una e dell' altra opinione, parmi che entrambe sieno oggigiorno superflue (101).

L. Liberos, 3.

§. Emancipato, 1.

Niuno, dice Paolo, può essere emancipato, senza ridursi a una imaginaria condizione servile. Oggigiorno chiunque può essere emancipato, senza ridursi a tal condizione (102).

L. Ammissione, 5.

La diminuzione di capo, osserva Paolo, nasce dalla perdita della cittadinanza, come nell' interdizione dell' acqua e del fuoco. La pena dell' interdizione dell' acqua e del fuoco, e quella della deportazione alla medesima surrogata, non sono in uso presso di noi (103).

(100) Lib. 7. obs. 11.
(101) Per le ragioni da noi allegate nel principio del presente titolo.
(102) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 6. Tit. XII. lib. I. Istit.
(103) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 2. Tit. XVI. lib. I. Istit.

TITOLO VI.

PER QUALI CAUSE I MAGGIORI DI VENTICINQUE ANNI POSSONO ESSERE RESTITUITI IN INTIERO.

SOMMARIO

Cenno sull' uso del presente titolo.

L' usucapione è uno de' modi legittimi, co' quali per diritto civile si acquista il dominio. Secondo il rigore della legge, allorchè vi concorrano i requisiti necessari, il proprietario, quasi in pena della sua negligenza, viene escluso dal suo, mediante l' eccezione del tempo. Ma siccome niuna negligenza si può rinfacciare a quello che per qualche giusto motivo non abbia potuto interrompere il corso dell' usucapione o della prescrizione, così venne in soccorso l' equità del pretore a porre delle eccezioni o temperamenti a questa regola. Fu stabilito che sebbene l' usucapione per decorso del tempo avesse avuto il suo perfetto compimento, e il possessore fosse di già diventato legittimo padrone, nulladimeno si dovesse l' usucapione ritenere come non intervenuta, allorchè il vero proprietario, assente per servizio della repubblica o per qualche altra giusta ragione, non avesse potuto soprasedere al suo. E per tale effetto, ritornato, gli concesse il beneficio della restituzione in intiero, ossia un' azione contro il possessore e suoi eredi, acciocchè, rescissa l' usucapione, restituisse la cosa usucatta con ogni sua causa ed accessione.

Questo editto del pretore aveva tre parti: per la prima si accordava la restituzione in intiero agli assenti contro i presenti; per la seconda a' presenti contro gli assenti; per l' ultima ogni qual volta fossevi stata qualche causa che al pretore fosse paruta giusta. In forza di quest' ultima parte la restituzione non solo veniva concessa contro l' usucapione; ma eziandio ne' contratti, contro l' adizione o ripudio dell' eredità, e generalmente in tutti que' casi, ne' quali l' equità non avesse comportato il danno altrui.

La restituzione in intiero discendente da quest' ultima parte dell' editto, trovasi sancita dall' odierna nostra legislazione (104): quella che discende dalle due parti precedenti, essendo nelle leggi più particolar-

(104) Reg giud. art. 1576.

mente distinta col nome di azione rescissoria, per le ragioni da noi altrove allegate in pratica è meno frequente (105).

L. Hujus edicti, 1.

§. Verba, 1.

Presso gli antichi il beneficio di restituzione si dimandava entro l'anno; per legge di Giustiniano, entro lo spazio di quattro anni (106). Presso noi è adottata la legge di Giustiniano (107).

L. Ab hostibus, 15.

Quelli che anticamente venivano presi dall' inimico, entravano nella stessa condizione de' servi, e perciò non potevano agire, nè costituire nella loro patria un procuratore che li difendesse. Negli odierni costumi nulla vieta che il prigioniero di guerra possa costituire un procuratore (108).

§. Si damni, 2.

Qualora una cosa minacciasse ruina, e il vicino ne avesse potuto riportare un danno, s' ingiungeva al proprietario di garantirne la rifazione: s' egli ricusava, il pretore, dietro richiesta dell' avversario, soleva a lui commetterne la custodia; e, in forza di decreto, il poneva in possesso. Questa sorta di procedura oggigiorno è abolita: qualora una casa minacci ruina, e il vicino ne possa riportare un danno, si può ingiungere al proprietario di dare cauzione pel danno; s' egli ricusa, un formale protesto tien luogo dell' antica cauzione e dell' antico possesso (109).

(105) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. principal. Tit. VI. lib. I. Istit.

(106) L. ult. Cod. de temp. in int. rest.

(107) Ruota nella Urbinaten. super restitutione in integrum, 4. Luglio 1783. Azedo, §. 2. Nulladimeno la restituzione in intiero contro la cosa giudicata presso noi si dee dimandare entro il termine di sei mesi dall' ultimo altro esecutorio Reg. giud. art. 971. Passato il qual termine, il diritto di ricorrere rimane perento. Segnat. nell' Alban. circumscriptionis, 22. Febbrajo, 1839. Grossi.

(108) Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 1. n. 2. Tit. XVI. lib. I. Istit.

(109) Voet. comm. ad Pand. lib. 39. Tit. II. n. 14. Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 4. tit. 20. §. 1557.

L. Denique, 19.

L. Nec utilem, 20.

Anticamente il prigioniero di guerra mutava di stato, e perciò la sua captività interrompeva l'usucapione e il possesso: siccome oggigiorno il prigioniero di guerra non cambia stato, la sua captività non interrompe nè quella, nè questo (110).

L. Item ait, 21.

§. Haec autem, 2.

L'editto del pretore, pel quale egli promette di porre nel possesso de' beni di quelli che non si difendono e stanno nascosti; e, se fa d'uopo, anche di farli vendere, oggiorno non è più in uso (111).

Ait praetor, 23.

§. His autem, 1.

§. Deinde, 4.

Nelle presenti risposte segue il Giureconsulto la medesima materia, da noi esposta nelle due leggi antecedenti (112); e perciò, quanto al nostro proposito, si può riscontrare quello che ivi abbiamo detto.

L. Sed et si, 26.

§. Ait praetor, 2.

Fra gli assenti, contro i quali competeva il beneficio della restituzione, si numeravano anche i magistrati, tutto che fossero presenti. E ciò per questo, che anticamente in niun modo, durante la loro ma-

(110) Autumn. Censur. Gall. hic. Veggasi quello che abbiamo detto nel §. 5. Tit. XII. e nel §. 1. n. 2. Tit. XVI. lib. I. Istit.

(111) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 19. tit. IV. lib. II. Dig.

(112) Cioè nella l. 19. e 21.

gistratura, potevano essere convenuti. Sulla presente materia può riscontrarsi quello che altrove abbiamo accennato (113).

§. Ait praetor, 4.

Il pretore concede il beneficio della restituzione, anche allorchè la parte sia stata lesa per fatto del giudice. Ulpiano ci reca di ciò l'esempio in un giudice che abbia leso la parte, concedendo soverchie dilazioni, ovvero mal giudicando, per corruzione o negligenza.

Quanto al primo esempio, osservo che anticamente l'istanza rimaneva perenta entro tre anni di spazio, e però non era forse difficile il caso che per le dilazioni concesse dal giudice si estinguesse l'azione; ma oggigiorno che non v'ha perenzione d'istanza, il caso che le dilazioni concesse dal giudice estinguano le azioni, è impossibile. Per questa ragione, e per quelle che da noi vennero altrove allegate, non v'ha bisogno presso noi di ricorrere in tal caso al rimedio straordinario della restituzione in intiero (114).

Quanto al secondo esempio, osservo che presso noi il mal giudicato per corruzione o negligenza non fa luogo al rimedio della restituzione in intiero o della circoscrizione, se non nel caso che la sentenza non sia capace di appello, o sia passata in cosa giudicata.

§. Si feriae, 7.

Per la ragione allegata nel principio del precedente paragrafo, eravi bisogno della restituzione, anche allorquando fossero state dal magistrato intimate ferie straordinarie, poichè in tal caso l'impedimento di agire proveniva dal pretore medesimo. Per le ragioni ivi ed altrove allegate, ritengo che oggigiorno non faccia mestieri di tal rimedio (115).

L. Si cui, 38.

Niuno poteva anticamente esercitare l'officio di assessore nella sua provincia, senza speciale concessione del principe. Qualora egli avesse

(113) Cioè nella l. 2. Tit. IV. lib. II. Dig.

(114) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 7. Tit. XII. lib. II. Dig. Presso noi se il giudice avesse concesso dilazioni contro l'autorità della legge, la quistione si dovrebbe portare in appello, nè avrebbe luogo il rimedio straordinario della restituzione o circoscrizione, se non quando la sentenza fosse inappellabile o passata in cosa giudicata. Reg. giud. art. 1058.

(115) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 3. Tit. X., e nella l. 1. Tit. XII. lib. II. Dig.

ottenuto tale permesso, si reputava assente per cagione della repubblica, e godeva di tutti i privilegi concessi agli assenti. Sebbene anche oggidì tutte le cariche vengano date o confermate dal Principe, nulladimeno, essendo esse perpetue, non temporanee, ritengo che negli odierni costumi non si debba considerare come assente quegli che presta officio nella sua propria patria (116).

(116) Sed qui Romae, dice il medesimo Giureconsulto, reipublicae causa operam dant, reipublicae causa non absunt. l. 5. §. 1. hoc tit.

TITOLO VII.

DELL' ALIENAZIONE FATTA PER CAMBIARE GIUDIZIO.

SOMMARIO

Cenno sull' uso del presente titolo.

Allorchè alcuno, sul dubbio che se gli muovesse una lite, volea mettere in faccende l' avversario, ricorreva allo spediente di alienare la cosa in controversia a qualche potente (117), o ad altra persona fornita di privilegi (118), cui per conseguenza bastasse l' animo di sgomentarlo e consumarlo ne' giudizi e nelle spese. Il pretore, conoscendo la frode (119), mediante il suo editto venne in soccorso della parte avversaria, negando talvolta di poter agire al possessore (120), e concedendo alla medesima un' azione pretoria *in factum* contro l' alienante, per la rifazione di que' danni ed interessi ch' ella avesse potuto soffrire e perdere nel dover cambiare lo stato della causa (121). Siccome in forza di quest' azione non si rescindevano le alienazioni, nè tampoco le cose si rimettevano nel loro primo stato, così, propriamente parlando, essa non importava un giudizio di restituzione.

Alcuni, fra' quali il giudizioso Pothier, osservano, che allorquando venne proposto il presente editto, non era peranco adottata la massima che quegli, il quale dolosamente cessava di possedere, fosse tenuto con l' azione utile vindicatoria; perocchè tal massima fu ricevuta soltanto in conseguenza di un senatoconsulto fatto sotto Adriano (122). In mancanza di tale disposizione era allora necessario che il pretore, mediante il suo editto, proponesse un azione contro di quello che dolosamente avesse alienato la cosa per cambiare lo stato della causa. Ma da quel tempo in poi che pel suddetto senatoconsulto il proprietario ebbe la facoltà di poter intentare l' utile azione vindicatoria, l' azione nascente da questo editto si rese inutile e non ebbe più luogo. Altri rispondono che sebbene dopo il senatoconsulto, sopra memorato, colui che lasciava dolosamente di possedere, si ritenesse dalle leggi come attuale posses-

(117) L. 4. §. 2. l. 8. §. 2. l. 4. §. 3. hoc tit. l. 1. §. 1. eod.
(118) L. 11. hoc tit.
(119) L. 1. hoc tit.
(120) L. 11. l. 12. hoc tit.
(121) L. 1. l. 3. §. 4. hoc tit.
(122) L. 27. §. 2. ff. de rei vind.

sore, motivo per cui l' attore non era più nella necessità di cambiare avversario, nulladimeno, siccome quegli che doveva intentare la rivendicazione, doveva provare il suo dominio sopra la cosa che intendeva di richiamare a sè; così, non ostante l' introduzione della suddetta massima, si lasciò tuttavia sussistere l' antica azione derivante dall' editto del pretore, acciocchè l' attore avesse un mezzo più pronto e più spedito per provvedere a' suoi interessi.

Io, per me, sono persuaso che la seconda opinione sia più verisimile, non essendo cosa nuova nel diritto civile che per un medesimo fatto competano all' attore più azioni. La qual opinione maggiormente si conferma pel disposto de' Sacri Canoni; i quali, comecchè di gran lunga posteriori al senatoconsulto fatto sotto Adriano, nulladimeno confermarono le antiche disposizioni del diritto pretorio, formandone anch' essi un titolo particolare (123). Ciò non pertanto sono altresì di parere, che, essendo in gran parte cessate le ragioni che dettero luogo al presente editto, siansi parimenti in gran parte rese inutili le sue disposizioni; mentre, nell' attuale stato di cose, sono presso noi bastanti, e per avventura più convenienti, le sole disposizioni del diritto Canonico. Due presso i romani erano le ragioni di questo beneficio pretorio; entrambe conseguenza del loro governo. In primo luogo, la copia de' privilegi, pe' quali chiunque n' avesse goduto, era in diritto di declinare dal magistrato ordinario, e tradurre la causa al foro privilegiato; il che non poteva talvolta avvenire senza grave discapito della parte avversaria, la quale, contro sua voglia nè con piccola spesa, trovavasi per conseguenza costretta di assumere la lite in luogo diverso dal suo, e forse di gran lunga remoto. In secondo luogo, l' immunità concessa a non poche persone, per la quale non potevano essere convenute nè tradotte in giudizio, se non dopo un tempo non breve.

Ma caduto l' antico impero, diminuite e ristrette le antiche giurisdizioni, tanto l' immunità, che i suddetti privilegi concessi dalle leggi romane, andarono totalmente in esiglio; e con essi, presso molti popoli, l' uso di questo titolo (124). Nell' odierno nostro ordinamento giudiziario, ogni privilegio personale di foro, salvo quello de' chierici, venne

(123) Decret. Lib. I. Tit. XLII.
(124) Einecc. Elem. jur. civ. §. 1153.

totalmente abolito (125), nè v' hà presso noi persona munita di qualsivoglia potere e autorità, che non si possa convenire dinanzi i suoi magistrati ordinari (126).

Il diritto Canonico proibisce sotto gravi censure a' chierici di ricevere o farsi cedere le azioni spettanti a' laici, per mutare lo stato della causa, e tradurre gli avversarî dinanzi a giudice ecclesiastico (127). Siccome il privilegio de' chierici è presso noi totalmente in vigore, così sommamente opportune sono le disposizioni del diritto Canonico, col quale possono in proposito accordarsi anche quelle del presente titolo. È parimenti vietato pe' Sacri Canoni a' procuratori ed avvocati di farsi cedere o comperare le altrui liti, non essendo alcun dubbio che un procuratore e un avvocato sia un avversario assai pericoloso. Nulladimeno è ammesso in pratica che essi rendano quasi loro le liti, facendo convenzione co' clienti di far proprie le tasse delle cause vinte.

(125) Reg. giud. §. 280. Segnat. nella Ravenat. circumscriptionis 15. Giugno 1837. Grossi. Abolito è parimenti il privilegio della L. unic. Cod. quand. Imperat. Declarat. della Segret. di Stato 14. Febbr. 1832. non però ne' giudizi di spoglio il privilegio che in forza del diritto Canonico, c. ex parte; de for. compet. hanno le vedove di adire il giudice ecclesiastico. D. Declarat. 14. Febbraro 1832. Segnat. nella Foroliv. circumscript. et compt. 19. Luglio 1838. Roberti.

(126) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 2. tit. IV. lib. II. Dig.

(127) Cap. 2. hoc tit.

TITOLO VIII.

DELL' ACCETTAZIONE DE' COMPROMESSI, E DI QUELLI CHE ACCETTARONO IL COMPROMESSO, ACCIOCCHÈ PRONUNCINO LA SENTENZA.

L. Ex compromisso, 2.

SOMMARIO

Cenno sul presente titolo.

Dopo aver parlato de' magistrati e degli affari che si trattava dinanzi ad essi, gli ordinatori delle Pandette si fanno a parlare di quei giudici che nel corpo della ragione civile si appellavano compromissari. Il diritto Canonico, gli odierni regolamenti, e parecchie fra le vigenti legislazioni, tanto Italiane che straniere, hanno seguito il medesimo ordine. Il compromesso altro non è che una specie di giudizio, il quale ha per iscopo di terminare le liti (128); e il giudice compromissario, un semplice privato, scelto dalle parti, per definire qualche loro controversia, spoglio di ogni giurisdizione e potere, poichè nè quella nè questo gli può derivare dal semplice consenso de' privati. Non avendo egli adunque alcuna potestà coercitiva, per l' antico gius delle Pandette l' effetto della sua sentenza si limitava a far incorrere nella pena stipulata nel compromesso quella parte che non avesse obbedito; ma non produceva nè l' azione, nè l' eccezione della cosa giudicata. La stipulazione penale era quindi parte essenziale del compromesso, acciocchè quegli che avesse ricusato di obbedire, fosse stato almeno costretto a pagarne l' emenda. Giustiniano però, derogando in parte alle antiche disposizioni del diritto romano, stabilì che quando le parti, facendo il compromesso, avessero giurato di osservarlo, quegli in cui favore fosse stato giudicato avesse un azione pel fatto, o l' azione personale di legge, per costringere l' avversario all' adempimento. Se il compromesso non era giurato, il litigante non era tenuto alla suddetta azione ed eccezione, se non nel caso che il laudo fosse stato omologato, ed approvato con la sua sottoscrizione (129). In appresso, correggendo le sue disposizioni medesime, proibì si potesse ne' compromessi usare il giuramento; ma lasciò sussistere che da qualunque laudo

(128) L. 1. hoc tit.
(129) L. 4. et l. 5. Cod. hoc tit.

tacitamente o espressamente omologato, il reo acquistasse l'eccezione di patto, e l'attore l'azione *in factum*, in quanto la sentenza dell'arbitro potesse mandarsi a esecuzione dall'ufficio dell'Eminentissima Prefettura nella capitale, e da' rispettivi moderatori e reggitori nelle provincie (130).

Presso noi, come presso altri popoli, l'arbitro, al pari del diritto romano, non è che un mero privato, spoglio di ogni giurisdizione; e perciò la parte che vuol rendere esecutoria la sentenza da lui profferita, dee produrre l'originale della sentenza in cancellaria, e far citare l'altra parte a comparire nel termine ordinario (131). Qualunque sia l'oggetto in essa contemplato, l'esecuzione si dee chiedere innanzi il tribunale civile del luogo ov' essa è stata pronunciata, salvo il privilegio del foro Ecclesiastico (132).

L. Labeo, 3.

Il Pretore, dice Labeone, non può confermare la sentenza profferita da un arbitro contro un minore. E ciò per questo, che i minori di età non possono compromettere (133). Concorda con la romana la vigente legislazione Pontificia e straniera (134).

§. Tametsi, 1.

Per diritto romano niuno è costretto di assumere l'officio di arbitro; tuttavia, s' egli abbia accettato, non può altrimenti astenersi dal giudicare. Concorda con la romana la vigente legislazione Pontificia e straniera (135).

§. Tractemus, 3.

I magistrati dell'ordine giudiziario, cui spetta la cognizione delle cause, non possono, per diritto romano, esercitare l'officio degli arbitri (136).

(130) Nov. 82. cap. 11. junct. d. l. 5. Cod. hoc tit.

(131) Reg. giud. art. 1773.

(132) Reg. giud. art. 1774. Concord. Cod. di proced. Franc. art. 1021. Cod. di proced. Toscan. art. 1121. Cod. di proced. Parmens. art. 33., e così gli altri Codici Italiani.

(133) L. 34. §. 1. ff. de minor.

(134) Reg. giud. art. 1746. Cod. Parmens. art. 5.

(135) Reg. giud. art. 1758. Cod. di Proced. Franc. art. 1014. Cod. di proced. Toscan. art. 1103. Cod. Parmens. art. 10.

(136) Concord. Cod. Parmens. art. 6.

Presso noi non si può compromettere in un giudice o tribunale qualunque, salvo quello della S. Ruota, purchè le parti dichiarino che il loro giudizio sia inappellabile. La S. Ruota procede in tal caso alla decisione della controversia co' suoi metodi e forme particolari (137). Nella vicina Toscana i giudici di prima istanza possono gratuitamente accettare l' officio di arbitri e di compromissari; ma solo nelle controversie, in cui abbiano interesse persone sottoposte alla loro giurisdizione civile (138).

L. Nam magistratus, 4.

Quelli che erano impiegati in qualche magistratura, come il console e il pretore, non potevano assumere l' officio di arbitri, poichè, avendo essi in mano il potere coercitivo, non potevano essere da altri costretti all' adempimento dell' officio. Presso noi il potere coercitivo non consiste in una sola persona; ma presso tutto il tribunale o collegio de' giudici; quindi non dubito, che, qualora fosse ammesso l' arbitrio di un giudice, potesse eziandio venir costretto ad adempierlo, quantunque avesse dignità pari o maggiore.

L. Quin etiam, 6.

Secondo le leggi romane il figlio di famiglia può essere nominato arbitro in un affare che riguardi le cose del padre; e parecchi giureconsulti decisero che egli possa essere anche giudice. Presso noi è vietato a' procuratori d' intervenire in quelle cause nelle quali debba dare il suo voto, come giudice, il loro figlio, padre, avo, suocero o fratello germano (139); quindi non v' ha alcun dubbio che il figlio non può esser giudice, e per conseguenza neppur arbitro (140), negli affari che risguardano le cose del padre.

L. Pedius, 7.

Pedio e Pomponio scrissero poco importare se l' arbitro sia ingenuo o libertino, d' integra fama o infame. Presso noi gl' infami non

(137) Reg. giud. art. 1752.

(138) Legge del 23. Ottobre 1814. art. 63.

(139) Editto del 17. Dicembre 1834. art. 259.

(140) Arg. l. 1. hoc tit. Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 77. Tit. I. lib. V. Dig.

possono essere arbitri (141), e la differenza fra ingenui e libertini è totalmente spenta (142).

§. Unde Julianus, 1.

Si potrà da questa legge desumere che se in un compromesso fossero stati nominati due arbitri, uno de' quali non potesse esserlo, il compromesso non varrà neppure riguardo all' altro; ma l' esempio, di cui si serve il giureconsulto, è impertinente agli odierni nostri costumi (143).

L. Sed si in servum, 9.

§. Si quis judex, 2.

La legge Giulia vieta a' giudici di essere nominati arbitri in quelle cause ch' essi debbono giudicare; e, se abbiano giudicato come arbitri, per la medesima legge è vietata l' azione pel pagamento della pena. Secondo la comune sentenza è derogato a questa legge dal diritto Canonico, pel quale si consente che qualunque giudice ordinario possa nominarsi giudice compromissario (144). Presso noi è adottata la disposizione delle leggi romane (145).

L. litigatores, 11.

§. Quod ait, 2. et seqq.

L. Pomponius, 13.

§. Item, 1. et seqq.

L' arbitro, per diritto romano, non è costretto di proferire la sentenza, qualora nel compromesso non sia stata aggiunta la pena. Giustiniano, confermando le disposizioni dell' antica legge, volle che senza la stipulazione della pena non si potesse compromettere (146).

(141) Reg. giud. art. 1750. Concord. Cod. di proced. Parmens. art. 6.
(142) Veggasi quello che abbiamo detto nel Tit. III. lib. I. Istit.
(143) Veggasi quello che abbiamo detto nel sopra citato titolo III. lib. I. Istit.
(144) Cap. cum tempore, 5. de arb.
(145) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 3. §. 3. di questo titolo.
(146) Nov. 22. cap. 1.

Questa potea convenirsi anche mediante nudo patto, e nulla rilevava se consisteva in danaro o in altri oggetti, e se era minore o maggiore dell' oggetto, di cui si trattava. La stipulazione della pena nel compromesso non venne in pratica osservata da quasi tutte le nazioni. Presso noi, senza alcuna necessità di questa stipulazione penale, per la validità del compromesso, basta che sia fatto per atto pubblico o privato (147), e che venga nel medesimo, o in altro atto che vi rimanga inserito, apposta l' accettazione degli arbitri, risultante dalle loro sottoscrizioni (148).

L. Sed si compromissum, 14.

Dice Pomponio che se nel compromesso non è stabilito il giorno, è assolutamente necessario che l' arbitro lo stabilisca, con consenso per altro delle parti; e che in quel giorno passi alla discussione della causa: se poi egli avesse ommesso di stabilirlo, può essere costretto a pronunciare la sentenza in qualunque tempo (149). Presso noi, qualora nel compromesso sia stato trascurato di prefiggere il termine, la potestà dell' arbitro s' intende limitata a soli quattro mesi (150). Questo termine può nulladimeno essere prorogato, purchè la proroga risulti da un atto firmato entro lo stesso termine dagli arbitri e dalle parti (151).

L. Item si unus, 17.

§. Item si, 2.

Se in un compromesso siano stati assunti più arbitri, secondo la risposta di Ulpiano, si debbono costringere a proferire la sentenza o tutti o nessuno. Presso noi la sentenza proferita dagli arbitri debb' es-

(147) Reg. giud. art. 1749. Concord. Cod. di proc. Franc. art. 1005. Cod. di proced. Toscan. art. 1098. Cod. di proc. Parm. art. 8.

(148) Reg. giud. art. 1755.

(149) Mediante lo spazio di un triennio s' induceva per diritto romano la perenzione dell' istanza anche ne' compromessi: per diritto Canonico, all' opposto l' istanza anche ne' compromessi è perpetua. Ruota nell' Anconitana Compromissi 28. Gennajo 1613. ubaldo, §. 5.

(150) Reg. giud. art. 1753. In Toscana a sei Cod. di proc. Toscan. art. 1108, in altri luoghi a tre. Cod. di proc. Franc. art. 1007. Cod. di proc. Parm. art. 24.

(151) Regol. giud. art. 1756.

sere sottoscritta da tutti; ma se alcuno ricusa di sottoscriverla, ritiene lo stesso valore, come se fosse stata sottoscritta da tutti (152).

§. Si in duos, 5.

§. Principaliter, 6.

Il compromesso si può fare anche mediante due soli arbitri, poichè, nel caso che siano di parere discordi, sembra tacitamente convenuto ch' essi possano eleggere un' altra persona, alla cui autorità si debbano poscia rimettere. Ma le leggi romane vogliono che questa persona sia certa e determinata. Epperò se in un compromesso fosse stato detto che se per avventura i due arbitri nominati fossero dissenzienti, avessero facoltà di chiamare un terzo, il compromesso sarebbe nullo, perocchè gli arbitri potrebbero dissentire anche nella nomina del terzo: ma se in vece fosse stato detto che nel caso di dissenso avessero facoltà di chiamare una certa e determinata persona, suppongasi, Sempronio, il compromesso sarebbe valido, perchè nella nomina di Sempronio non potrebbero più dissentire. Parecchi fra gl' interpreti sono di avviso che la disposizione del diritto romano sia dalle leggi Canoniche confermata (153). Altri, all' opposto, la ritengono abrogata (154).

L' ultima opinione è più conforme alle leggi oggigiorno vigenti. Se le parti hanno dato facoltà agli stessi arbitri di nominare un terzo, ossia un aggiunto, e questi fossero discordi nell' eleggerlo, la scelta, sopra istanza della parte più diligente, vien fatta in tal caso dal tribunale, cui si appartiene di ordinare l' esecuzione della sentenza (155).

§. Celsus, 7.

L. Sicuti, 18.

Se sieno stati eletti tre arbitri, la sentenza profferita da due, sebbene consenzienti, non è valida, qualora il terzo sia assente. E ciò per questo, che l' intervento del terzo potea condurre gli altri nella sua

(152) Reg. giud. art. 1768. Concord. Cod. di proc. Franc. art. 1016. Cod. di proc. Tosc. art. 1114. 1115. Cod. di proc. Parmens. art. 31.

(153) Cap. innotuit, 12. de arb.

(154) Cap. speciali, 61. de appellat.

(155) Reg. giud. art. 1769. Concord. Cod. di proc. Franc. art. 1117. Cod. di proc. Parmens. art. 22.

sentenza. Il diritto Canonico, volendo sollecitare il termine delle liti, mitigò le disposizioni del diritto romano, e prescrisse che la maggior parte degli arbitri, non ostante l' assenza di uno di loro, possa liberamente prendere cognizione della causa, definirla e proferire il laudo, purchè tutti siano legittimamente chiamati (156).

L. Qualem, 19.

§. Dicere, 1.

Qualora in un compromesso v' abbia la condizione che il giudizio abbracci tutte le controversie, la sentenza per diritto romano è nulla, se l' arbitro non pronuncia la sentenza sopra tutte. Presso noi se gli arbitri hanno giudicato con le regole di diritto, le quistioni ch' essi hanno ommesso di decidere, rendono nulla la sentenza da loro proferita solo in que' capi che sono connessi con la medesima; e se, avendo ecceduto le facoltà loro commesse, hanno giudicato sopra quistioni non sottoposte al loro giudizio, la sentenza è valida, solo riguardo alle quistioni realmente contenute nel compromesso (157). Ma se, giudicando nella qualità di amichevoli conciliatori, hanno ommesso di pronunciare definitivamente sopra alcune delle quistioni proposte, o hanno giudicato sopra quelle che non furono proposte, la loro sentenza è nulla per intiero (158).

L. Quid tamen, 21.

§. Intra quantum, ult.

In occasione di questa legge disputano fra loro gl' Interpreti qual sia il tempo concesso alle parti compromittenti, per eseguire la sentenza proferita dagli arbitri, qualora non sia stato prefisso nel compromesso. Alcuni sono di opinione che si debba rimettere all' arbitrio del giudice (159). Ma siccome oggigiorno l' esecuzione della sentenza vien fatta per mezzo de' tribunali (160); e d' altronde, gli arbitri hanno

(156) Cap. 2. cap. ult. de arb. in 6. Blanc. de comprommis. quaest. 9. n. 53.
(157) Reg. giud. art. 1781. Concord. Cod. di proc. Parmens. art. 45.
(158) Reg. giud. art. 1780. Concord. Cod. di proc. Parm. art. 45.
(159) Menoch. de arb. jud. quaest. lib. 2. cas. 8. in fin. Brunemm. hic in fin.
(160) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 2. di questo titolo.

sembiante di giudizi (161), così nell' uso del foro, generalmente parlando, è ammesso di concedere a' compromittenti quello stesso spazio di tempo, che si suole ordinariamente concedere all' esecuzione delle sentenze proferite dai giudici (162).

L. Diem proferre, 27.

§. Si haeredis, 1.

Per diritto romano la morte di uno de' compromittenti risolve il compromesso, perocchè questo non si trasmetta agli eredi, se non nel caso che di essi sia stata fatta menzione. Concorda con le leggi romane il diritto Canonico (163). Presso noi la morte di uno de' compromittenti non risolve il compromesso, ma solamente arresta il corso de' giudizi avanti gli arbitri, finchè dura il termine legale per deliberare e far l' inventario (164).

§. Stari, 2.

Dice Ulpiano che il compromittente dee stare alla sentenza pronunciata dall' arbitro, comecchè ingiusta, allegando per ragione che quegli che compromise dee imputarla a sè stesso. La ragione sarà forse ottima; ma mi sembra poco equa. Molti Dottori, commentando questa legge, vogliono far dire ad Ulpiano che il compromittente dee sottostare all' ingiustizia della sentenza, solo nel caso che si tratti di un arbitratore o conciliatore amichevole; non già se si tratti di un arbitro, propriamente detto, il quale proceda con l' ordine e con le regole di diritto. Io non so, nè voglio entrare nell' inutile quistione di esaminare, se abbiano veramente indovinato, bastandomi solo accennare che altri vogliono indistintamente che la sentenza del giureconsulto non abbia luogo tanto nell' arbitro che nell' arbitratore (165). Prescindendo da qualunque disquisizione su questo rapporto (la quale sarebbe oggigiorno superflua) certo è che la consuetudine universale di quasi tutte le nazioni, contro la disposizione di questa legge, ammise in pratica che

(161) L. 1. ff. hoc tit.

(162) Voet, comm. ad Pand. hoc tit. n. 23.

(163) Cap. ult. de arb.

(164) Reg. giud. art. 1760. Concord. Cod. di proced. Tosc. art. 1113. Cod. di proc. Parmens. art. 10. Confer. art. 1013. Cod. Franc.

(165) Veggasi il Gotofred. hic in not.

quando la sentenza dell' arbitro fosse realmente ingiusta, se ne potesse domandare al giudice la riduzione entro lo spazio di dieci giorni (166). Presso noi, analogamente alle disposizioni del diritto Canonico (167), è ammesso ne' compromessi l' appello secondo le regole stabilite per le sentenze de' giudici e de' tribunali (168). Da questa regola generale viene eccettuato il caso che le parti v' abbiano rinunciato (169), o se il compromesso riguardi una causa già decisa da un giudice o tribunale, la cui sentenza sia intieramente confermata (170). Ma se il giudizio degli arbitri sia stato reso in qualità di conciliatori, non è soggetto a verun reclamo, appello e revisione (171).

A norma delle disposizioni del Codice di procedura Francese, col quale concordano parecchie legislazioni italiane e straniere, i giudicati degli arbitri non sono soggetti a ricorso nè di appello, nè di cassazione, a meno che le parti non ne abbiano fatto espressa riserva. Perchè la riserva abbia il suo effetto, in quanto all' appello, dee contenere l' espressa indicazione della corte, presso cui si vuole introdurre il ricorso. Non ostante l' apposta riserva, possono le parti, durante il compromesso, rinunciare all' appello, ma non al rimedio di cassazione (172).

§. Si plures, 3.

SOMMARIO

Censura della presente legge.

Se di tre arbitri, uno condanna in cinque, l' altro in dieci, e il terzo in quindici, quale di queste sentenze dovrà prevalere? Quella che

(166) Mynsing. 6. resp. 55. n. 31. Gail. obs. pract. lib. 1. obs. 140. Merel. prax. lib. 4. tit. 5. cap. 1. Sand. decis. Frisic. lib. 1. tit. 14. def. 3. Ant. Fabr. Cod. suo for. lib. 2. tit. 38. def. 6. Voet, comm. ad Pand. hoc tit. n. 25.

(167) Menoch. cons. 406. n. 42.

(168) Reg. giud. art. 1778. Concord. Cod. di proc. Tosc. art. 1117. Cod. di proc. Parmens. art. 36.

(169) Concord. Cod. Parmens. art. 37.

(170) Reg. giud. art. 1776. In questi casi però non è vietato al soccombente il ricorso al tribunale Supremo di Segnatura per la restituzione in intiero nei modi permessi dalla legge art. 1777. semprechè le parti non l' abbiano rinunciato. Segnat. nell' Ariminen. Restit. in int. 13. Febbraro 1840. Grossi.

(171) Reg. giud. art. 1779. Secondo il Codice Parmense la sentenza degli arbitri che hanno deciso a termini di equità, o come amichevoli compositori, non può impugnarsi, se non nei casi in cui si rescinde o annulla una transazione. art. 39.

(172) Cod. di proced. art. 1010.

condanna in cinque, dice Giuliano, poichè in questa somma tutti convennero.

Non ostante l' altissimo concetto e la somma venerazione in cui tengo Giuliano e i suoi responsi, parmi, perdoni il lettore, che la ragione da lui in questo paragrafo allegata si confaccia assai meglio a un quesito di geometria, che a un punto di legislazione. Se è vero in proposito che tutti convennero in cinque, per la ragione aritmetica che nel più si contiene anche il meno; sarebbe altresì vero che se di tre arbitri, uno condannasse in cento mila, l' altro in cinquanta mila, e il terzo in cento, tutti dovrebbero convenire in cento: credo che, secondo il lume della semplice ragione naturale, niuno si farebbe a sostenere un assurdo di tal fatta.

Io, per me, sono di parere che quando si promuove il quesito, se nel più si contenga anche il meno, la quistione debba considerarsi sotto due differenti aspetti; naturalmente, ossia secondo la ragione fisica; e virtualmente, ossia secondo la ragione civile.

Secondo la ragione fisica, non solo è noto a' geometri, ma eziandio a' fanciulli, che nella parte maggiore è per conseguenza contenuta anche la minore, in quella stessa maniera che nel tutto si contiene anche la parte; ma tale illazione sarà ottima per misurare le proporzioni e regolare i termini, non già per dedurne un consenso e regolare le volontà.

Secondo la ragione civile il più non contiene il meno, se non quando la volontà dell' uomo si adatta ugualmente, o fors' anche meglio, alla parte minore. Ma quando la volontà dell' uomo si ferma solo alla quantità maggiore, considerata unicamente sotto la sua estensione, la parte minore, considerata nel suo limite, forma una quantità separata, diversa e distinta, la quale nulla ha di comune con l' altra. Secondo la ragione fisica una parte è unita con l' altra per necessità del rapporto e del progresso; ma secondo la ragione civile sono entrambe disgiunte, perchè il consenso e la volontà dell' uomo, limitato a una quantità, non solo non si verifica nell' altra, ma da essa recede e si allontana.

Di tutto ciò abbiamo un' apertissima prova presso Pomponio (173). Il giureconsulto, trattando della locazione di un fondo, dice che se io ti ho locato un predio per dieci, e tu hai creduto di prenderlo a fitto per cinque, il contratto è nullo. Secondo la ragione di Giuliano si poteva dire che il contratto è valido, e che la locazione si dovea

(173) L. si decem, 52. ff. locat.

tener contratta per cinque; poichè siccome nel più si contiene anche il meno, così entrambi, in ragione aritmetica, abbiamo convenuto nella quantità minore. In appresso Pomponio soggiunge che se io avrò locato il predio per un prezzo minore di quello, pel quale tu hai creduto di averlo, il contratto è valido; e il prezzo dell' affitto non sarà maggiore di quello, pel quale io ho creduto di locare.

Nel primo caso riferito da Pomponio io non voleva dare a pigione il fondo, se non per la somma di dieci, ossia per la maggiore: la mia intenzione, la mia volontà, era separatamente limitata a quella, indipendentemente dalla minore; il mio consenso che si fermò sulla prima, discordò affatto nella seconda, e l' ammettere la validità del contratto per questo, che nel più consiste anche il meno, sarebbe stato un assurdo.

Nel secondo caso io ti locava un fondo per dieci, mentre tu portavi opinione di doverne pagar quindici: il contratto è valido non già per la ragione che nel più consiste anche il meno; ma perchè la mia volontà ch' era limitata a dieci, si accomodava ugualmente, e fors' anche meglio, a quindici; e d' altronde il consenso del pigionale nel pagar meno era ragionevolmente presumibile. In questo caso il consenso delle parti si adatta, si accorda, e perfettamente conviene anche nella quantità minore, e non si arresta isolatamente, distintamente nella maggiore.

Gli arbitri non prendono a conoscere, se non di affari messi in controversia, ne' quali i compromittenti dissentono in tutto il debito o nella quantità della somma dovuta. Chi pretende una somma maggiore, e contende per questa, mostra col fatto proprio non solo che non conviene nella parte minore; ma, di più, che da essa appertamente dissente. Secondo il noto principio che la sentenza debb' essere conforme alla citazione, la sentenza dell' arbitro si riporta alla domanda della parte. Considerata la volontà delle parti e la lite stessa che s' introduce, io non so come si possa dire, secondo la medesima ragione naturale, che l' arbitro, il quale, riportandosi alla domanda della parte, trova ragionevole il suo diritto, persiste e condanna nella quantità maggiore, convenga e consenta nella quantità minore, mentre col fatto stesso della sua sentenza mostra apertamente di persistere nel dissentire. Venne l' assurdo di questa legge conosciuto e ripudiato nell' uso del foro di quasi tutte le nazioni, ammesso invece che la sentenza in cui, come in proposito, gli arbitri fossero discordi, si dovesse ritenere come isso fatto nulla (174). Analogamente a questo

(174) COVARRUV. var. resol. lib. 1. cap. 2. n. 6. MOLIN. ad consuet. Paris. §. 47. gloss. 3. n. 11. Veggari ANT. FABR. Rational. hic in fin.

principio sono di avviso che presso noi le parti dovessero in proposito nominare un aggiunto, affine di decidere la controversia; o, in caso contrario, che la discrepanza delle opinioni dovesse risolvere il compromesso (175).

§. Sed si poena, ult.

Dice Ulpiano che se nel compromesso non sia stata aggiunta la pena, ma la parte abbia semplicemente promesso di stare alla sentenza, ha luogo contro di lei l' azione d' incerto. Ritengo che presso noi questo responso sia oggigiorno superfluo (176).

L. Si quis rem, 30.

Primo e Secondo fecero compromesso in Terzo, sotto pena di cento monete. Primo, spregiando in appresso il compromesso, recò la causa innanzi al giudice ordinario. Domanda il Giureconsulto, se Primo sia tenuto al pagamento della pena; e se, per andare al giudice ordinario, possa abbandonare il compromesso. Risponde affermativamente in entrambi i punti. L' uso forense di parecchie nazioni ripudiò la sentenza di Paolo, disponendo che le parti, qualora non fossero di uguale consenso, non potessero introdurre la lite dinanzi al giudice ordinario, finchè fosse pendente dinanzi agli arbitri (177). Presso noi nelle cause stabilite per la risoluzione de' compromessi non si trova il caso in quistione; e però sarei di avviso che, da quelle in fuori, non se ne dovessero ammettere altre. Che che però ne sia, la comune opinione de' pratici e degl' Interpreti limita la sentenza di Paolo all' arbitro, e l' esclude nell' arbitratore (178).

(175) Reg. giud. art. 1751. art. 1759. n. 3. Concord. Cod. di proced. Parmens. art. 19.

(176) Veggasi quello che abbiamo detto nella l. 2., e nella l. 13. §. item et seqq. di questo titolo.

(177) Voet, comm. ad Pand. hoc tit. n. 21. Rebuff. ad cons. reg. tract. de arb. art. 1. gloss. 14. n. 22.

(178) Castr. in l. pecuniam. 36. ff. si certum petatur. Purpurat. in rubr. de transact. n. 29. Soccin. cons. 71. n. 20. lib. 4. Caccialup. de transact. quaest. 11. n. 2. Grazian. discept. for. cap. 557. n. 23. et seqq. Veggasi la Ruota decis. 452. part. 1. tom. 1. recent.

L. Non distinguemus, 32.

§. Julianus, 6.

Giuliano indistintamente scrive che non si può compromettere sopra un delitto infamante, e sopra cosa per la quale sia statuito un giudizio pubblico, come per gli adulteri, pe' sicari, e simili, e nel caso che sopra tali materie sia stata proferita sentenza; il pretore dee negarle l'esecuzione. Siccome da ogni fatto criminoso nascono oggigiorno due diverse azioni, una pel privato interesse, competente all'offeso, e un'altra per la punizione del delitto, competente al fisco, punto non dubito, che come si può sulla prima pattuire e transatare, si possa ugualmente compromettere (179). Secondo l'odierna legge non si può compromettere sulle controversie relative alle donazioni e legati con titolo di alimenti, sullo stato delle persone, e sugli affari che interessano l'ordine pubblico (180).

§. De liberali, 7.

§. Si servus, 8.

Non si può compromettere, dice Paolo, nelle cause, in cui si tratta di decidere se un uomo sia ingenuo o libertino, nè può compromettere un servo, essendo egli incapace di tutti i diritti civili. Presso noi tutto ciò è oggigiorno superfluo (181).

§. Si is faciat, 10.

Per diritto romano il compromesso non passa agli eredi, se non quando i compromittenti abbiano fatto espressa menzione anche di loro. In tal caso la morte del compromittente sospende l'arbitrio, finchè non sieno terminate le controversie che riguardano l'erede medesimo. Quali sieno in proposito le odierne nostre disposizioni, venne da noi altrove osservato (182).

(179) Blanc. de compromis. lib. 4. n. 26.

(180) Reg. giud. art. 1748. Concord. Cod. di proc. Franc. art. 1004. Cod. di proc. Parmens. art. 7.

(181) Veggasi quello che abbiamo detto nel Tit. III. lib. I. Istit.

(182) Nella l. 27. §. 1. di questo titolo.

§. Cum quidam, 14.

Un certo arbitro, manifestamente riconosciuto nemico della parte per altre cause, fu diffidato, in presenza anche de' testimoni, ad astenersi dal pronunciare sentenza; tanto, si ostinò a volerla pronunciare, quantunque niuno il costringesse. L' imperatore Antonino, ad istanza della parte che si lamentava di ciò, rescrisse ch' ella poteva servirsi dell' eccezione di dolo malo. Il medesimo imperatore, consultato dal giudice presso il quale era stata prodotta la dimanda della pena stabilita, riferisce che quantunque la parte non potesse appellare, potea nulladimeno alla dimanda opporre la suddetta eccezione.

Secondo le leggi romane, come altrove osservammo (183), non era ammesso ne' compromessi l' appello, e però fu in proposito concessa l' eccezione di dolo; oggigiorno che ne' compromessi ha luogo l' appello, la suddetta eccezione è inutile.

L. Cum lege, 41.

Il minore di venticinque anni, e maggiore di venti, può per diritto romano essere eletto in arbitro; tuttavia s' egli crede o provi di essere leso dalla sua accettazione, può ottenere il beneficio della restituzione in intiero. Presso noi il minore di età non può essere arbitro (184).

L. Sed et interpellatur, 49.

§. Arbiter, 1.

Per diritto romano nulla rileva in qual modo l'arbitro abbia ordinato alle parti di presentarsi dinanzi a lui, potendo chiamarle mediante un messo, ed anche per mezzo di una semplice lettera. Presso noi la destinazione della comparsa dinanzi all' arbitro si dee dedurre a notizia delle parti interessate per mezzo d' intimazione, da notificarsi per atto di cursore (185).

(183) Nella l. 27. §. 2. di questo titolo.
(184) Reg. giud. art. 1750. Concord. Cod. di proc. Parmens. art. 6.
(185) Reg. giud. art. 1762.

§. Si ab altera, 2.

Se nel compromesso è fatta menzione anche dell' erede, l' arbitro può comandare che si presenti anche l' erede de' compromittenti (186) ma se il compromesso fa menzione solo dell' erede di una delle parti, il compromesso è sciolto con la morte di essa, in quella stessa maniera che sarebbe sciolto con la morte dell' altra, se non fosse stata fatta menzione, che dell' erede di una delle parti. Quanto gli odierni nostri regolamenti convengano con le disposizioni del diritto romano, venne da noi altrove osservato (187).

(186) L. 32. §. 19. hoc tit.
(187) Nella l. 27. §. 1. di questo titolo.

TITOLO IX.

CHE I PADRONI DI NAVE, GLI OSTIERI E GLI STABULARII RESTITUISCANO LE COSE RICEVUTE.

SOMMARIO

Cenno sul presente titolo.

Il pretore, per togliere l'occasione a' padroni di nave, agli albergatori e stallieri, di defraudare quelle cose che loro venivano affidate dai viandanti, pubblicò il presente editto, nel quale, ampliando le disposizioni della legge civile, somministrò contro di essi alcune azioni pretorie, qualora pel fatto loro, de' loro subalterni ed anche de' passeggieri, fosse stata sottratta o danneggiata la merce o la cosa ch' essi avevano in consegna.

La prima azione nasceva da quasi contratto, ed aveva luogo nel caso che il danno fosse stato recato da' viandanti medesimi, ricevuti nella stessa nave o vettura. Essa competeva a' viaggiatori danneggiati nelle cose proprie, ed anche nelle altrui qualora avessero avuto interesse di salvarle, contro i padroni di nave, albergatori e stallieri, e loro eredi, solidalmente.

La seconda nasceva da quasi delitto, ed aveva luogo nel caso che il danno fosse stato recato dalle persone di famiglia del padrone di nave, albergatore e stalliero, reputandosi colpa quella di aver scelto a servizio, e tenere alle proprie mercedi, persone di poca fede. Essa competeva al viaggiatore e suoi eredi contro il padrone di nave, albergatore e stalliere, non contro i loro eredi, perchè pagassero il doppio del danno da essi dato. La persona danneggiata, volendolo, poteva intentare contro di essi anche l'azione di furto o qualunque altra nascente dal delitto; ma in tal caso la pretoria non aveva più luogo.

Entrambe queste due azioni erano perpetue, nè si prescrivevano, se non con lo spazio di trent' anni.

Se il danno o il furto fosse stato commesso dagli stessi padroni di nave, albergatori e stallieri, erano tenuti alla rifazione del medesimo, in forza di vero contratto e di delitto; nulladimeno era lecito alla parte danneggiata di ommettere le azioni civili, e servirsi delle pretorie.

Le disposizioni di questo titolo sono totalmente vigenti negli odierni costumi. La legislazione Francese, con la quale concordano le

vigenti legislazioni italiane, è alle medesime perfettamente conforme (188), salvo l' azione nel duppio, la quale è generalmente abolita (189), e le particolari prescrizioni semestrali e annuali contro il commissionato vetturale e il capitano di nave, ne' casi in cui possono aver luogo, introdotte dall' odierno Codice di commercio (190).

(188) Cod. civ. Franc. art. 1782. e segg. art. 1952. e segg. Cod. Austr. art. 970. Cod. Albert. art. 1805. e segg. art. 1986. e segg. Cod. Parmens. art. 1700. e segg. art. 2011. e segg.

(189) Richer. univ. civ. et crim. jur. lib. 4. tit. 40. §. 2724,

(190) Art. 108.

FINE DELLA PRIMA PARTE DE' DIGESTI.